



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO

JOSIALDO APARECIDO BATISTA FERREIRA

**A SEGURANÇA JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIOLÓGICO: É
POSSÍVEL GARANTIR A PREVISIBILIDADE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO?**

Brasília
2024

JOSIALDO APARECIDO BATISTA FERREIRA

A SEGURANÇA JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO PRINCÍPIOLÓGICO: É POSSÍVEL GARANTIR A PREVISIBILIDADE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO?

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Área de concentração: “Direito, Estado e Constituição”. Linha de pesquisa “Constituição e Democracia”.

ORIENTADOR: PROF. DR. ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS

Brasília
2024

FICHA CATALOGRÁFICA

FERREIRA, Josialdo Aparecido Batista. **A segurança jurídica no constitucionalismo principiológico: é possível garantir a previsibilidade do direito contemporâneo?** Tese de Doutorado (Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília), Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

JOSIALDO APARECIDO BATISTA FERREIRA

A SEGURANÇA JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO PRINCÍPIOLÓGICO: É POSSÍVEL GARANTIR A PREVISIBILIDADE DO DIREITO CONTEMPORÂNEO?

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Área de concentração: “Direito, Estado e Constituição”. Linha de pesquisa: “Constituição e Democracia”.

Aprovada em 27 de dezembro de 2024.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins
(Presidente)

Prof. Dr. Isaac Costa Reis
(Examinador Interno)

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Paulo Henrique Blair de Oliveira
(Examinador Externo)

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Netto
(Examinador Suplente)

AGRADECIMENTOS

Aproveito a oportunidade para agradecer aqueles que contribuíram para essa valorosa experiência acadêmica de conclusão do Doutorado, a qual foi extremamente enriquecedora e gratificante para minha formação pessoal e profissional.

Primeiramente, ao meu orientador, Professor Argemiro Cardoso Moreira Martins, por ter aceitado o desafio da pesquisa e pelas suas contribuições fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa. Seu empenho e olhar crítico na revisão do trabalho foram essenciais para o aperfeiçoamento da tese.

Aos Professores examinadores, Cláudio Ladeira de Oliveira, Isaac Costa Reis, Menelick de Carvalho Netto e Paulo Henrique Blair de Oliveira, pela revisão atenta do trabalho.

Aos Professores da Universidade de Brasília, que compartilharam seus valiosos conhecimentos no doutorado, em especial aos Professores Valcir Grassen, Alexandre Bernadino, Menelick Netto, Guilherme Scotti, José Geraldo, Evandro Piza, Cláudia Roesler, Ana Cláudia Faranha, Fabiano Hartmann, Inez Lopes, Camila Prando, Douglas Pinheiro, que marcaram com seus ensinamentos minha formação acadêmica, abrindo novas “janelas” de conhecimentos sobre o Direito.

À minha esposa Larissa, por todo apoio concedido ao longo desta caminhada. Seu companheirismo foi essencial para concretização da pós-graduação.

Aos meus amados filhos, Felipe e João Lucas, pelos olhares brilhantes quando conversávamos sobre o que o Papai estava fazendo. Aqueles olhares foram o “gás” para perseverar na conclusão da tese.

Aos meus pais, João e Creuza, pelo exemplo de amor, decência, humildade, servindo-me de guia nessa vida.

Aos meus amigos da Pós-Graduação, que dividiram momentos de alegrias e também das dificuldades que se apresentaram no percurso.

Às Instituições que viabilizaram a realização dessa Pós-Graduação e a todas as pessoas que, ainda que indiretamente, contribuíram para a realização de mais essa etapa da minha jornada acadêmica.

E, especialmente, à Deus, pela vida e força necessária para concretização do doutorado.

Podemos ver agora a modernidade da sociedade moderna também no que diz respeito à sua ciência. Uma ciência que só é conhecimento na medida em que se sabe precária, provisória. Um saber que, ao assumir a sua complexidade, enfrenta seus riscos e os incorpora, lidando com eles de forma a conhecê-los e a buscar preveni-los, sabendo, de antemão, que não poderá evitá-los totalmente (Carvalho Netto, 2003, p. 24).

RESUMO

Ao promover as expectativas recíprocas que a ordem jurídica busca estabelecer aos cidadãos e evitar que sejam surpreendidos com consequências jurídicas arbitrárias, a segurança jurídica constitui um dos alicerces para a legitimidade do direito. Por isso, tornou-se central na teoria constitucional o debate sobre como controlar racionalmente a aplicação das normas-princípios, tendo em vista que são veiculadas em textos abertos semanticamente, sem indicação prévia das consequências imediatas que ocorrerão em caso de sua incidência. A presente pesquisa insere-se no cerne dessa temática, investigando se há, de fato, uma crise da segurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira e, principalmente, se seria possível garanti-la no constitucionalismo contemporâneo, marcado pela normatividade dos princípios constitucionais. Sua importância é revelada pela crítica à discricionariedade judicial na aplicação dos princípios constitucionais, por entender que essas normas não podem ser interpretadas conforme as livres convicções pessoais do intérprete, bem como pela pretensão de buscar soluções que conciliem segurança jurídica e princípios constitucionais. Para tanto, é de fundamental importância examinar a prática jurisdicional brasileira, a partir de casos judiciais decididos pelo Supremo Tribunal Federal, com vistas a estabelecer um suporte empírico para a reflexão sobre a temática. Do mesmo modo, foi necessário estudar como a segurança jurídica é definida pela ciência jurídica, analisando sua estreita vinculação com a própria formação do Estado de Direito. Ademais, considerando que a segurança jurídica se materializa principalmente nas decisões judiciais, é indispensável averiguar como determinadas correntes teóricas repercutem na aplicação das normas jurídicas e, especialmente, como elas contribuem para posturas discricionárias do intérprete. Nesse sentido, constituiu objeto de estudo as teorias do positivismo jurídico, do realismo jurídico e do direito como integridade, verificando como elas impactam para uma maior controlabilidade e legitimidade da decisão judicial. Para a realização de tais propósitos, a pesquisa utiliza predominantemente a abordagem de natureza qualitativa, em razão das reflexões sobre os fenômenos jurídicos interpretados, empregando, no desenvolvimento do raciocínio, o método construtivista do direito, diante da necessidade de exame dos fenômenos jurídicos à luz dos propósitos que justifiquem nossas práticas jurídicas. E, quanto aos dados materiais a serem obtidos, a pesquisa valeu-se do procedimento bibliográfico-documental. Ao final, conclui-se que há uma crise da segurança jurídica no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, decorrente, especialmente, da aplicação dos princípios constitucionais como conceitos naturalizados e da crença de haver uma

liberdade decisória do aplicador. Além disso, em contraponto à visão tradicional, sustenta-se que a segurança jurídica não pode ser compreendida ou assegurada, no campo da aplicação judicial dos princípios, com base na textualidade do direito, mas, sobretudo, na dimensão procedimental e argumentativa da decisão judicial, pautada por uma interpretação que leve em consideração as exigências do princípio do contraditório e da integridade do direito.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Princípios. Discricionariedade. Direito como integridade. Contraditório. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

To promote reciprocal expectations that the legal system seeks to establish for citizens and prevent them from being surprised by arbitrary legal consequences, legal certainty is one of the foundations for the legitimacy of law. Therefore, the debate about how to rationally control the application of norm-principles has become central in constitutional theory, given that they are conveyed in semantically open texts without prior indication of the immediate consequences that will occur if they are applied. This research is at the heart of this theme, investigating whether there is, in fact, a crisis of legal certainty in the Brazilian constitutional jurisdiction and, mainly, whether it would be possible to guarantee it in contemporary constitutionalism, marked by the normativity of constitutional principles. Its importance is revealed by the criticism of judicial discretion in the application of constitutional principles, as these norms cannot be interpreted according to the interpreter's free convictions, as well as by the desire to find solutions that reconcile legal certainty and constitutional principles. To this end, it is of fundamental importance to examine the Brazilian judicial practice based on cases decided by the Supreme Court, aiming to establish an empirical basis for reflection on a possible crisis of legal certainty in the Brazilian constitutional jurisdiction. Likewise, it was necessary to study how legal certainty is defined by legal science, analyzing its close relationship with the very formation of the Rule of Law. Moreover, considering that legal certainty is primarily materialized in judicial decisions, it is essential to examine how certain theoretical currents affect the application of legal norms and, especially, how they contribute to discretionary attitudes of the interpreter. In this sense, the study focused on the theories of legal positivism, legal realism, and law as integrity, examining how they impact greater controllability of judicial decision-making. To achieve these purposes, the research predominantly uses a qualitative approach due to reflections on the interpreted legal phenomena, employing the constructivist method of law in the development of reasoning, given the need to examine legal phenomena in light of the purposes that justify our legal practices. Regarding the material data to be obtained, the research relied on bibliographical-documentary procedures. In the end, it is confirmed that there is a crisis of legal certainty within the Brazilian constitutional jurisdiction. However, contrary to the traditional view, it is argued that legal certainty cannot be understood or ensured in the field of judicial application of principles solely based on the textuality of law but rather in the procedural and argumentative dimension of judicial decision-

making, guided by an interpretation that takes into account the requirements of the integrity of law and the principle of contradiction.

Keywords: *Legal Certainty. principles of law. Discretion. Law as Integrity. Adversarial proceedings. Democratic Rule of Law.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	17
2.1 A expansão da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas.....	19
2.2 Oscilação jurisprudencial na Suprema Corte Brasileira.....	24
<i>2.2.1 O caso da prisão após condenação criminal em segunda instância e o princípio constitucional da presunção de inocência.....</i>	<i>25</i>
<i>2.2.2 O caso da perda do mandato eletivo e o princípio da infidelidade partidária...31</i>	<i>31</i>
<i>2.2.3 O caso do depósito recursal e o princípio constitucional do devido processo legal.....</i>	<i>35</i>
<i>2.2.4 O caso do regime de execução da pena privativa de liberdade e o princípio da individualização da pena.....</i>	<i>38</i>
2.3 Há uma crise da segurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira?.....	41
3 TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	46
3.1 A construção do princípio da segurança no direito.....	46
3.2 Natureza da segurança jurídica.....	52
3.3 Elementos estruturantes do princípio da segurança jurídica.....	60
4 AS TEORIAS JURÍDICAS DO POSITIVISMO, DO REALISMO E DA INTEGRIDADE E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	66
4.1 O positivismo jurídico: do legalismo ao normativismo jurídico.....	67
4.2 O realismo jurídico	76
4.3 O Direito como integridade de Ronald Dworkin.....	84
<i>4.3.1 A completude do direito pelos princípios.....</i>	<i>85</i>
<i>4.3.2 As divergências teóricas sobre o direito e a interpretação construtiva.....</i>	<i>90</i>
<i>4.3.3 As concepções de direito e a teoria do direito como integridade.....</i>	<i>98</i>
5 A RECOMPREENSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	111
5.1 As transformações ocorridas no direito contemporâneo (o neoconstitucionalismo).....	112

5.2 A ponderação de princípios e o velho problema da discricionariedade judicial positivista.....	119
5.3 O paradigma jurídico do Estado Democrático de direito e suas repercussões para uma nova hermenêutica jurídica.....	125
5.4 A segurança jurídica no constitucionalismo principiológico.....	134
6 CONCLUSÃO.....	148
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	155

1 INTRODUÇÃO

A exigência de segurança é percebida em diversos momentos da experiência humana. Desde os primórdios da vida (nascimento), o ser humano busca proteção contra as intempéries de diversas ordens que podem afetar sua existência no mundo. De igual modo, as relações sociais também requerem salvaguardas, para que não ocorram modificações intempestivas, que frustrem as expectativas recíprocas estabelecidas pelos indivíduos. Por isso, o direito, que atua como instrumento redutor de complexidades e contingências do mundo real, por meio da garantia de expectativas comuns a todos os cidadãos, irá depositar na segurança, transformada em jurídica, o seu mecanismo de estabilização, a fim que os indivíduos possam pautar suas ações ou condutas em conformidade com as normas jurídicas previamente estabelecidas, evitando-se as surpresas de eventos arbitrários e inesperados.

Trata-se, portanto, de um fenômeno jurídico essencial ao direito, com exigências de observância tanto no momento da sua criação (no âmbito dos processos legislativos), quanto no momento da sua aplicação (no âmbito dos processos judiciais e administrativos). Contudo, por considerar que a segurança jurídica é materializada essencialmente nas decisões judiciais, a presente pesquisa tem como enfoque o estudo da segurança jurídica no campo da aplicação judicial do direito, considerando, especialmente, as decisões judiciais que utilizam os princípios constitucionais como fundamento decisório. Não obstante, essa perspectiva também adquire um significado político relacionado à legitimidade do próprio direito e, portanto, de amplitude geral, uma vez que articula também razões que englobam as atividades legislativas e administrativas do Estado.

No âmbito da decisão judicial, o tema desperta grande complexidade, tendo em vista que os princípios são veiculados em textos semanticamente abertos, sem indicação das consequências imediatas que ocorrerão em caso de sua incidência. Porém, se se entende que eles não podem ser utilizados como uma carta em branco, no qual o aplicador é livre para impor suas próprias convicções, necessário buscar respostas sobre como controlar racionalmente a sua interpretação-aplicação nas demandas judiciais, com vistas a coibir o decisionismo judicial e assegurar o primado da segurança jurídica. Essa dificuldade de contenção é ainda corroborada pelo fato que o direito envolve um processo cognitivo mediado pela linguagem e está inserido no dinamismo das sociedades complexas e plurais que marcam o nosso tempo.

De fato, a prática jurisdicional vem dando sinais de uma crise da segurança jurídica, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, em razão de uma prática

decisória fluída na aplicação dos princípios constitucionais. Nesse sentido, veja a aplicação do realizada pela Suprema Corte brasileira relacionada ao princípio constitucional da presunção de inocência, pois, já na vigência da atual Constituição de 1988, gerou mais de quatro orientações jurisprudenciais quanto ao momento inicial da execução da sanção criminal. Essas constantes alterações de entendimentos vêm recebendo o nome de jurisprudência “zigue-zague”¹ ou de jurisprudência “lotérica”². Com efeito, já não é raro verificar na jurisprudência soluções completamente contraditórias sobre a interpretação de uma mesma norma constitucional. Esse panorama tem, por consequência, mobilizado críticas em desfavor do judiciário, apontando-o como um dos responsáveis pela ocorrência de uma crise da segurança jurídica no direito brasileiro.

É nesse contexto intrincado que se insere a temática da presente pesquisa, a qual busca investigar se há, de fato, uma crise da segurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira e, principalmente, como seria possível assegurar-la no contexto do direito contemporâneo. O tema envolve, desse modo, considerar as transformações ocorridas no direito, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, em que restou superando o modelo de validação formal das normas jurídicas e passou a se exigir um teste substantivo (de conteúdo), traduzidos para as constituições pelos chamados direitos fundamentais. Portanto, são questões que estão no centro dos debates da teoria constitucional, relacionadas à interpretação-aplicação do direito no sistema de princípios e ao controle da discricionariedade judicial.

E para examinar essa problemática, serão investigadas as razões pelas quais a insegurança jurídica se revela na jurisdição constitucional, com análise empírica (como decide o judiciário, por meio do exame de casos judiciais) e teórica (como as principais correntes do pensamento jurídico lidam com a discricionariedade judicial), buscado apresentar possíveis respostas para a garantia da segurança no constitucionalismo contemporâneo, as quais passam também pelo enfrentamento do ceticismo que se apresenta nesse debate, no sentido de ser um mito a busca pela segurança jurídica. E uma das hipóteses que será testada na pesquisa é que a segurança jurídica não pode ser compreendida ou assegurada no campo da aplicação judicial com base apenas na textualidade jurídica do direito (leis, precedentes judiciais e argumentos dogmáticos da doutrina), pois essa visão tradicional vê a segurança jurídica como uma questão de fidelidade textual, sendo consagrada, originalmente, pelo pensamento jurídico positivista do

¹ Expressão utilizada por Johana Hey citada por Humberto Ávila na obra Teoria da Segurança Jurídica (Hey *apud* Ávila, 2019, p. 70).

² Termo utilizado por Alexandre Câmara na obra O Novo Processo Civil Brasileiro (Câmara, 2017).

direito, no qual o papel do intérprete se resumia a apurar os fatos e sobre eles incidir o comando das normas de forma silogística. Essa perspectiva da segurança jurídica ainda possui força na atividade jurisdicional, pois não é incomum verificar a aplicação judicial dos princípios constitucionais como conceitos naturalizados, cujo significado pressupõe ser compartilhado por todos e, por isso, desnecessário qualquer justificativa de seu conteúdo. E quando o enunciado normativo se revela incompleto, estaria o intérprete apto a escolher livremente qualquer uma delas.

Diante desse cenário, avulta a relevância da pesquisa, pois, ainda que sejam frutíferos os estudos sobre teorias dos princípios e da argumentação jurídica, há carência de estudos na doutrina brasileira de pesquisas sobre como é possível garantir a previsibilidade do direito contemporâneo, no contexto do sistema de princípios. De uma forma geral, percebe-se que as discussões estão presas na definição de critérios conceituais e semânticos, os quais seriam suficientes para garantir a operacionalidade jurídica da segurança jurídica. Aqueles que endossam tal visão defendem a necessidade de edição, cada vez mais, de atos normativos detalhados. Todavia, é preciso avançar nesse tema, definir como assegurar a segurança jurídica no contexto do paradigma vigente do Estado Democrático de Direito, que requer a efetiva participação dos afetados na construção dos direitos fundamentais.

Por outro lado, há um certo hiato nas pesquisas jurídicas sobre como a mudança de entendimento representa ou não uma violação à segurança jurídica. A rigor, a crítica caminha em responder afirmativamente a essa questão, amparada no textualismo jurídico, no qual a correta interpretação é somente uma questão de fidelidade à semântica do enunciado normativo. No entanto, nem toda alteração de entendimento representa um desacerto jurídico, haja vista que pode resultar numa correção substantiva do entendimento anterior. Por isso, a defesa da imutabilidade decisória é uma resposta simplória para essa complexa questão.

Razão disso, a pesquisa objetiva apresentar um novo olhar sobre a referida problemática. Por mais intrincado que seja analisar a segurança jurídica no sistema de princípios do direito, abdicar de enfrentá-la e adotar uma postura cética não constitui a melhor saída. O bom ceticismo deve conseguir justificar argumentativamente sua posição, sendo engajado com o problema. Além do mais, ainda que ao final não se logre êxito numa resposta definitiva e completa para a problemática apresentada, ela já representará uma produção e um ganho de conhecimento, sabedor que o conhecimento é sempre provisório, precário e limitado no espaço-tempo, conforme revelou a modernidade reflexiva.

Ademais, a pesquisa possui grande pertinência para a comunidade jurídica, tendo em

vista seu olhar para a nossa prática jurisdicional, com destaque para àquela realizada no âmbito da Suprema Corte brasileira. Por isso, serão examinadas importantes decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, visando compreender relevantes aspectos do processo decisório na aplicação dos princípios constitucionais, para, então, avaliar, com o aporte do estudo teórico das correntes mais influentes do pensamento jurídico na atividade jurisdicional brasileira, como a segurança jurídica deve ser compreendida constitucionalismo contemporâneo.

Levando isso em conta, constituem objetivos gerais da pesquisa examinar casos judiciais que revelem a inconstância decisória na aplicação de princípios constitucionais; apresentar os elementos conceituais da segurança jurídica definidos pela doutrina brasileira; revisitar diferentes correntes teóricas do direito que influenciam de forma mais direta a atividade jurisdicional brasileira, verificando quais delas favorecem ou não maior discricionariedade do intérprete; por fim, avaliar se a segurança jurídica deve ser vista apenas como um mito na aplicação judicial do direito, não sendo possível combater o decisionismo judicial, ou se há saídas compatibilizadoras, possibilitando que o direito contemporâneo, marcado pela normatividade dos princípios e pelo paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito, seja responsivo ao ideal da segurança jurídica.

Para tanto, no primeiro capítulo, inicia-se com o estudo sobre o papel do judiciário nas democracias contemporâneas, com o debate sobre a (i)legitimidade democrática para invalidação das decisões políticas adotadas pelos demais poderes. Essa exigência se torna crucial diante da constatação que as decisões judiciais encerram a concretização de direitos fundamentais veiculados em normas-princípios, com significados dependentes de uma argumentação justificadora. Em vista disso, neste capítulo inicial, serão analisados importantes casos judiciais extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de estabelecer um suporte empírico que possibilite perquirir, posteriormente, se há, de fato, uma crise da segurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira.

No segundo capítulo, será apresentada como a segurança é definida pela ciência jurídica. Para tal tarefa, buscar-se-á revelar a historicidade do conceito, demonstrando sua íntima ligação com a formação dos Estados modernos. Além disso, será importante estabelecer sua natureza jurídica e quais os elementos centrais que estruturam seu significado na doutrina nacional. A definição das bases conceituais da segurança jurídica será importante para aferir sua adequação ao direito baseado no sistema de princípios, considerando que sua formação

conceitual ocorreu no contexto do positivismo jurídico, no qual creditava-se ao texto jurídico o fator garantidor da previsibilidade do direito.

No terceiro capítulo, considerando que a segurança se materializa nas decisões judiciais, será crucial analisar como principais correntes teóricas do direito - com enfoque no positivismo jurídico, no realismo jurídico e no direito como integridade - repercutem para uma maior controlabilidade decisional. Isto é, como essas teorias refletem na adoção de posturas discricionárias do aplicador do direito, e, por conseguinte, como contribuem para a garantia da segurança jurídica. Nesse capítulo, considerando que tanto o positivismo jurídico, quanto o pragmatismo jurídico tem forte apelo na prática jurisdicional brasileira, será importante cotejar essas correntes teóricas à teoria do direito de integridade, desenvolvida por Ronald Dworkin.

No quarto e último capítulo, será investigado sobre a (im)possibilidade de se conciliar o primado da segurança jurídica com a aplicação judicial dos princípios constitucionais. Com esse intuito, será imprescindível examinar em quais bases (paradigmas) o direito contemporâneo se firma nas sociedades modernas plurais e complexas. Nesse momento, serão destacadas as transformações ocorridas no direito contemporâneo, denominado - sem embargo de divergência - de neoconstitucionalismo, e analisado o paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito. Além disso, serão apresentadas questões complementares relacionadas à hermenêutica jurídica, diante do fim da crença de um saber absoluto das ciências (crise da modernidade) e do giro linguístico (*turn point*) dada pela filosofia da linguagem no campo jurídico.

Para cumprir tal roteiro de pesquisa, a investigação será predominantemente de natureza qualitativa, tendo em vista que se caracteriza pela descrição qualificativa dos dados coletados, que tem como ponto de partida (estratégia da pesquisa) o exame de importantes casos judiciais decididos pela Suprema Corte brasileira, avançando, na sequência, na teoria da segurança jurídica e no exame de influentes correntes teóricas no direito contemporâneo. Em relação ao método de abordagem da pesquisa, será utilizado o método construtivista do direito, tendo em consideração a necessidade de discussão dos dados judiciais, do conceito tradicional atribuído à segurança jurídica, bem como das proposições oferecidas pelas principais correntes teóricas do direito, de modo a verificar como as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea repercutem na compreensão dos fenômenos jurídicos. Ademais, quanto aos procedimentos, serão utilizados os métodos de pesquisa bibliográfica e documental propriamente dita, analisando as publicações pertinentes ao tema, tais como obras literárias, artigos científicos, legislação e jurisprudência, para que possam ser levantados os vários

elementos necessários à constatação e obtenção de respostas à problemática delineada.

Dessa forma, o debate a ser desenvolvido na presente tese passa por temas de primeira ordem na teoria constitucional. Envolve uma rica e complexa discussão sobre dois fenômenos jurídicos, que, à primeira vista, parecem de difícil conciliação: segurança jurídica e princípios. Uma postura cética irá entender que não há como conciliar segurança jurídica e os princípios constitucionais, suscitando o seguinte paradoxo: quanto mais princípios, menos segurança jurídica. De qualquer modo, ainda que ao final da pesquisa seja essa a resposta, uma primeira tarefa será vencida, pois será um ceticismo engajado com sua postura. Contudo, o objetivo que ora se propõe é de avançar, apresentando respostas, ainda que parciais, que permitam a conciliação dos referidos institutos. Para isso, será de fundamental importância perquirir se a aludida visão tradicional de segurança jurídica, sustentada a partir da textualidade jurídica, constitui uma nuvem que turva essa análise e, a par disso, estabelecer uma nova compreensão reflexiva da segurança no contexto do constitucionalismo democrático.

- CAPÍTULO I -

2 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A vinculação da democracia ao processo eletivo é uma das características apontadas como importante fator de legitimidade das instituições estatais nos dias atuais. Contudo, é crescente o papel nas democracias contemporâneas dos órgãos jurisdicionais, os quais, via de regra, são constituídos de forma diversa e, por isso, são objeto de questionamentos quanto a sua conformidade democrática. Essa crítica é ainda mais acentuada em razão de que a atuação do judiciário não se resume mais ao papel secundário em relação aos poderes executivo e legislativo, realizando, inclusive, o controle de decisões políticas adotadas segundo o princípio majoritário. Isso tem sido observado, por exemplo, no âmbito da Corte Constitucional brasileira (Supremo Tribunal Federal), que tem atuado em diversas questões relevantes do ponto de vista político, social e moral³.

Dessa forma, diante dessa posição destacada das cortes constitucionais nos Estados contemporâneos, uma objeção comum que se apresenta diz respeito a uma possível violação ao ideal democrático quando invalida decisões políticas adotadas por outros poderes eleitos, já que se trata de um poder não eleito. Por isso, o presente capítulo inicia pelo estudo dessa questão, apresentado as razões para a expansão da jurisdição constitucional e sua importância para a democracia nos dias de hoje. Por outro lado, essa legitimidade democrática, ainda que defendida em razão da proteção dos direitos fundamentais, pode ser problemática quando as decisões judiciais são dadas segundo o livre arbítrio do intérprete, pois afeta diretamente a previsibilidade do direito (segurança jurídica). De fato, ainda que firmada – no âmbito da teoria democrática - a legitimidade da atuação do judiciário, o plano prático de aplicação do direito poderá revelar problemas que afetam ou vulneram tal pretensão.

³ Conforme expõe Daniel Sarmiento: “Atualmente, ao lado das questões mais tradicionais de Direito Público, o STF tem se defrontado com novos temas fortemente impregnados de conteúdo moral, como as discussões sobre a validade de pesquisa em células-tronco embrionárias, aborto de feto anencéfalo e união entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o Tribunal passou a intervir de forma muito mais ativa no processo político, adotando decisões que se refletem de forma direta e profunda sobre a atuação dos demais poderes do Estado. Para citar apenas alguns casos, pode-se falar da decisão que assentou que a mudança de partido implica, salvo determinadas exceções, perda de mandato parlamentar; da que estabeleceu critérios rígidos para a fixação do número de vereadores de acordo com a respectiva população, e da intensificação do controle jurisdicional dos atos das CPIs, bem como dos pressupostos de edição das medidas provisórias”. (Sarmiento, 2009, p. 123, grifou-se).

Além disso, serão selecionados e analisados importantes decisões judiciais representativas da inconstância decisória na aplicação de importantes princípios constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. A escolha dos casos terá como critério orientador a falta de uniformidade de entendimentos da referida Corte Constitucional, ante as diversas alterações de interpretações sobre um mesmo princípio constitucional em curto espaço de tempo. Isso porque, essa oscilação decisória tem gerado forte crítica na sociedade brasileira⁴, no sentido que o direito, sobretudo quando envolve a aplicação de normas princípios, tornou-se imprevisível, não atendendo, desse modo, a garantia da segurança jurídica. Dentre outros casos que serão destacados, veja, por exemplo, a discussão judicial relacionada a possibilidade ou não de imediata prisão daquele que tiver decisão penal condenatória em segunda instância, tendo como base a aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Portanto, constitui objetivo do presente capítulo, diante da importância do papel do judiciário nas democracias contemporâneas na proteção de direitos fundamentais, expor a problemática da insegurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira, tendo como suporte o estudo por amostragem de representativas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na vigência da Constituição brasileira de 1988, apontando as constantes alterações e as consequentes contradições nos entendimentos judiciais relacionados a aplicação de importantes princípios constitucionais.

⁴ Nesse sentido, cite-se as recentes publicações: DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc. Acesso em 02 de fev. de 2024; HARADA, Kiyoshi. **Insegurança jurídica provada pelo STF.** Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/388064/inseguranca-juridica-provada-pelo-stf>. Acesso em 02 de fev. de 2024; MARQUES, Claudio Pieruccetti. **Desentendimentos geram insegurança jurídica. Consultor Jurídico, 2023.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-23/desentendimentos-geram-inseguranca-juridica>. Acesso em 02 de fev. de 2024. PAULA JÚNIOR, Fradique Magalhães de; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **A segurança jurídica e a alteração de entendimento nas decisões judiciais vinculativas.** Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 7, p. 1236-1258, out. de 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/download/1640/1462/6140>. Acesso em 02 de fev. de 2024.

2.1 A expansão da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas

O conceito de democracia é marcado pela historicidade, pois a cada etapa do processo civilizatório vão se acrescentando novos conteúdos⁵. Em seu primeiro registro, o termo democracia foi criado para representar o regime político experimentado por Atenas na Grécia, em que os cidadãos decidiam diretamente cada assunto por votação na *Ágora*⁶, ressaltando-se que a democracia direta Ateniense englobava apenas uma parcela da população (homens livres nascidos em Atenas), excluindo, por exemplo, mulheres, estrangeiros e escravos da participação política.⁷ Esse primeiro modelo, por aceitar a manifestação direta do povo na tomada de decisão, ficou conhecido como democracia direta.

Após as revoluções burguesas, assume espaço a forma representativa ou indireta de democracia, na qual os dirigentes são escolhidos (eleitos) pelo povo para sua representação nas deliberações políticas que regerão a vida em sociedade. Nesse modelo, a eleição se torna uma característica presente, possibilitando que o povo exerça periodicamente o direito ao voto com mesmo peso individual, escolhendo livremente as pessoas representantes que lhes irão governar (Azambuja, 1982, p. 238).

Todavia, ainda que atendidas tais condições, o regime político democrático pode apresentar distorções, pois se o governo é formado pela vontade da maioria, há o risco de ocorrer o despotismo da multidão, com possíveis violações de interesses ou direitos de setores minoritários da sociedade. A consagração da vontade absoluta e ilimitada da vontade da maioria pode colocar em risco a própria liberdade da minoria, conforme bem analisa Philip Pettit (2003, p. 371): “*determinadas políticas podem atrair apoio majoritário, ao mesmo tempo em que representam a mais arbitrária interferência nas vidas de várias minorias*”.

Consequência disso, além do procedimentalismo dado pelo sufrágio universal, passou a ter destaque, como justificativa da legitimidade da atividade estatal, a necessidade de que as decisões políticas, dadas segundo o princípio majoritário, observassem determinados conteúdos

⁵ Nesse sentido: “*democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana que se traduzem basicamente nos Direitos fundamentais do Homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva também na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de evoluer social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo*” (Silva, 2013, p. 43).

⁶ Identificado como o espaço público em que se debatiam livremente os problemas da comunidade ateniense, sendo, desse modo, o local de manifestação da opinião pública.

⁷ Nesse sentido, confira-se a obra de Arnaldo Godoy, intitulada *Direito Grego e Historiografia Jurídica* (Godoy, 2003).

materiais mínimos. Isto porque, se a igualdade é um dos pressupostos para o atendimento do princípio democrático, as decisões adotadas pela maioria não podem desconsiderar tal princípio, sob pena de gerar evidente risco para formação de uma ditadura da classe dominante, que desconsidera os direitos fundamentais das minorias. Nesse sentido, explica Herman Heller:

A democracia política deve oferecer a cada membro do Estado igual possibilidade de influir sobre a organização da unidade política pela via da designação de representantes. No entanto, a disparidade social pode transformar o *summum jus in summa injuria*. A igualdade formal mais radical se converte em uma desigualdade também radical quando a sociedade não é homogênea, e a democracia formal se transforma em ditadura da classe dominante (Heller, 2001, p. 208).

Essa nova compreensão de democracia é essencial para as sociedades contemporâneas, diante da impossibilidade de consensos sobre todas as decisões políticas que afetarão a vida em sociedade. Por isso, a legitimidade democrática dos atos estatais não pode mais se limitar a um critério meramente majoritário, mas exigindo também o respeito aos direitos fundamentais consagrados pela história institucional das sociedades. A igualdade passa a integrar o conceito de democracia, podendo ser vista tanto como finalidade da democracia, quanto como condição para o próprio exercício da democracia:

A primeira, que ainda goza de bastante prestígio no pensamento jurídico brasileiro, considera que a justiça social e, portanto, a realização de um contexto favorável à concretização de direitos sociais, são objetivos a serem alcançados pela participação popular. [...] Ao Judiciário cabe o controle dos eventuais abusos ou omissões dos demais poderes, mas não a concretização autônoma e imediata daquele projeto. A segunda posição, ainda pouco difundida na literatura jurídica nacional, situa os direitos sociais não como objetivos da democracia, mas como suas condições de possibilidade. Com isso, torna-os passíveis de concretização direta pelo Poder Judiciário em caso de omissão estatal. Nesse viés, o ativismo judicial no campo social não representa uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação. Como se observará ao longo deste estudo, enquanto a primeira vertente dá ensejo à legitimação do *dirigismo constitucional*, a segunda se identifica com a *teoria democrática da constituição* (Souza Neto, 2003, p. 58).

Dessa forma, as teorias contemporâneas sobre democracia voltam-se para as condições que permitem a cooperação dos diversos grupos divergentes na tomada de decisões, de tal modo que, embora os projetos sociais devem ser definidos pela deliberação majoritária, devem ser todos tratados com igual consideração e respeito, levando-se em conta no processo deliberativo as opiniões minoritárias, a fim de que ocorra, conforme aponta Cláudio de Souza Neto (2003

p. 20), “a igualdade de possibilidades de participação e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, do processo político democrático”, estando essas condições presentes justamente nos direitos fundamentais⁸.

Razão disso, é que o Poder Judiciário tem ganhado destaque, como órgão estatal responsável por atuar como protetor desses direitos fundamentais, podendo essa atuação, inclusive, ocorrer em situação contrária à vontade manifestada pela maioria, em especial quando estas decisões afetam diretamente direitos dos grupos minoritários. E nisso reside uma das principais respostas à crítica sobre a legitimação democrática do judiciário na invalidação de decisões políticas adotadas por outros poderes (a chamada dificuldade contramajoritária), uma vez que ela é respondida pela própria teoria democrática, que estabelece que o respeito a certos direitos é finalidade ou condição de existência da própria democracia, podendo, assim, ocorrer a invalidação de normas produzidas pelo legislativo e até mesmo a concretização dos direitos fundamentais, sobretudo quando a inércia de outros poderes estatais implica em óbice ao funcionamento regular da democracia.

Desse modo, a justificativa de proteção aos direitos fundamentais é, certamente, uma causa central para expansão da justiça constitucional⁹ e do fenômeno da judicialização¹⁰, que levam aos Tribunais diversas questões relevantes do ponto de vista político, social e moral, em detrimento das instâncias políticas tradicionais eleitas por meio do processo eleitoral (legislativo e executivo). E essa judicialização vem se apresentando como um fenômeno de amplitude global, fruto desse arranjo institucional adotado na maior parte dos países

⁸ Conforme aponta Cláudio Souza Neto (2003, p. 17-20), essa interligação decorre da compreensão que a igualdade se situa como própria condição para ocorrência da democracia, de tal modo que só haverá democracia em um contexto de igualdade material razoável. Compartilham desse ponto de vista autores como: Jürgen Habermas, na obra *Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade*; Joshua Cohen, na obra *Procedure and Substance in Deliberative Democracy*; James Bohman e William Rehg, na obra *Deliberative Democracy*. Na doutrina brasileira, são exemplos: Marcelo Neves, no artigo intitulado *Do Consenso ao Dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas*; e Jessé de Souza, no obra *Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea*.

⁹ Nesse sentido, expõe Mauro Capelletti (2003, p. 130) atribui à *Justiça Constitucional* a qualidade de “*mais importante instrumento para a garantia de certos Direitos civis básicos dos cidadãos e de grupos minoritários contra maiorias resistentes nos Estados e da inação de órgãos políticos no plano federal*”.

¹⁰ Conforme expõe Roberto Barroso (2018, p. 223): “*o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster –, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Na América Latina o fenômeno também é acentuado. Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do Direito. Os precedentes podem ser encontrados em países diversos e distantes entre si, como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria e Coreia, dentre muitos outros. Na América Latina, o fenômeno é particularmente intenso no Brasil e na Colômbia*”.

democráticos, que ampliou o papel das Cortes Constitucionais¹¹, De fato, após a Segunda Guerra Mundial, haja vista as mazelas vivenciadas, as constituições dos Estados passaram a abrigar, cada vez mais, um catálogo de direitos humanitários (direitos fundamentais), que são vistas como uma fonte normativa superior, cujas violações podem ensejar a atuação judicial.

Essa justificativa para a difusão da justiça constitucional (proteção dos direitos fundamentais), Tom Ginsburg classifica-a como de natureza ideológica-cultural:

Voltamos, então, para uma segunda explicação ideacional, a “hipótese dos direitos” (Shapiro, 1999, p. 200), que se concentra na crescente preocupação nacional e internacional com os indivíduos. Uma ideologia de direitos, evidente nas economias industriais avançadas desde a II Guerra Mundial, e incorporada em instrumentos internacionais de Direitos Humanos, se espalhou globalmente. A difusão de uma cultura e de uma ideologia de direitos fundamentais, acompanhada por estruturas de apoio, leva a uma maior exigência de constitucionalização. A longa associação dos tribunais com a proteção desses direitos fez-se necessário estabelecer o judiciário como instituição escolhida para proteger estes interesses cruciais (Ginsburg, 2014, p, 88, tradução nossa)¹².

Desse modo, a expansão da jurisdição constitucional, vista nos tempos hodiernos, sobretudo sob o olhar doméstico da jurisdição constitucional brasileira, é bem responsiva ao argumento da proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista que a Assembleia Constituinte de 1988 deixou expresso a competência do Judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e, por consequência, dos direitos fundamentais nela estabelecidos.

Por outro lado, cabe o registro que, além da justificativa de proteção dos direitos fundamentais, a expansão da jurisdição constitucional pode decorrer por fatores meramente políticos. Conforme estudos realizados por Tom Ginsburg em diversas cortes constitucionais dos países Leste Asiático¹³, verificou-se que a ampliação do papel das cortes constitucionais

¹¹ Conforme estudos de Tom Ginsburg (2014, p. 90), mais de 80% dos países do mundo atribuem a cortes supremas ou a tribunais constitucionais o poder de invalidar legislação incompatível com a Constituição.

¹² No texto original: “We then turn to a second ideational account, the “rights hypothesis” (Shapiro, 1999, 200), which focuses on the growing national and international concern with individual rights. A rights ideology, evident in advanced industrial economies since World War II and embodied in international human rights instruments, has spread globally. The spread of a rights culture and rights ideology, accompanied by support structures (Epp 1998), leads to greater demand for constitutionalization. The long association of courts with protecting individual rights has made judicial review the institution of choice to protect these crucial interests”. (Ginsburg, 2014, p, 88).¹²

¹³ O estudo consta do artigo publicado sob o título: *Judicial review in new democracies: Constitutional courts in Asian cases*. (Ginsburg, 2014).

naqueles países foi fruto do chamado “seguro político”. Diferentemente da justificativa de natureza ideológica-cultural, a expansão do papel das Cortes se deu mais pelas incertezas sobre o futuro político de determinados grupos, que passam a creditar a uma terceira instituição não eleita (o judiciário) o papel de revisor das decisões políticas majoritárias¹⁴. Além disso, Tom Ginsburg aponta que essa estratégia política também ocorre para “preservação da hegemonia” de certos grupos sociais, as quais buscam constitucionalizar determinados interesses e vantagens, atribuindo ao judiciário o papel de controlador de eventuais violações dessas decisões anteriores¹⁵.

Esses fatores relacionados às estratégias políticas não representam uma negação da causalidade relacionada à proteção dos direitos fundamentais, sendo, na realidade, complementares. Todavia, é a proteção dos direitos fundamentais que oferece uma justificativa democrática para a atuação do poder judiciário, pois se mostra em conformidade com concepção substantiva de democracia, a qual entende que esses direitos não se submetem ao jogo da vontade da maioria e sua violação pode ensejar a atuação do poder judiciário.

Por fim, ainda que superada a dificuldade contramajoritária da atuação judicial, resta analisar como deve ocorrer essa atuação, isto é, o *modus operandi* na interpretação-aplicação desses direitos fundamentais, pois a legitimidade da atuação do judiciário exige observar como ele decide e fundamenta suas decisões. Isso porque trata-se de poder não eleito, que tem o papel de concretizar direitos veiculados em normas constitucionais de conteúdo semântico aberto. Com efeito, direitos como igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, estão veiculados em enunciados normativos principiológicos que, diante da pluralidade de significados que lhes possam ser atribuídos, podem ser utilizados para colmatar uma atuação subjetiva e discricionária do julgador.

Nesse cenário, desponta a temática segurança jurídica, pois ela constitui o elemento que confere previsibilidade e igualdade na aplicação do direito, possibilitando que as

¹⁴ Nas palavras do Autor: “*Judicial review, he argues, is a solution to the problem of politica uncertainty at the time of constitutional design. Parties that believe they will be out of power in the future are likely to prefer constitutional review by an independent court, because the court provides an alternative forum for challenging government action. Constitutional review is a form of political insurance that mitigates the risk of electoral loss. On the other hand, stronger political parties will have less of a desire for independent judicial review, since they believe they will be able to advance their interests in the post-constitutional legislature*” (Ginsburg, 2014, p. 99-91).

¹⁵ Isso explica, por exemplo, o que ocorreu nos Estados Unidos, em 1800, em que os federalistas, após perderem as eleições presidenciais, buscaram preservar o capital político por meio da Poder Judiciário, ensejando, posteriormente, a judicialização desses interesses no célebre caso *Marbury v. Madison*, de 1803, conhecido como primeiro precedente do *judicial review*.

expectativas recíprocas asseguradas pelo direito sejam, de fato, garantidas a todos os cidadãos. A segurança jurídica, desse modo, conecta-se com o princípio democrático do Estado de Direito, uma vez que decisões judiciais subjetivas afastam a aludida legitimidade da intervenção judicial. Portanto, debater sobre segurança jurídica é essencial para aferir a própria legitimidade da atividade judicial. E para tal intento, convém, preliminarmente, trazer para a pesquisa, um estudo empírico sobre a prática judicial brasileira na aplicação dos direitos fundamentais.

2.2 Oscilação jurisprudencial na Suprema Corte Brasileira

Diante da grande quantidade de Tribunais que compõem o Poder Judiciário brasileiro, optou-se pela pesquisa de casos extraídos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois representa a última instância recursal, sendo-lhe atribuído, ainda, o papel de guardião da Constituição, com competência originária para exercício do controle concentrado de constitucionalidade, nos termos da Constituição de 1988¹⁶, e responsável pela uniformização da jurisprudência constitucional.

Par tal fim, será utilizado o método da amostragem, na qual será identificado os casos judiciais representativos da controvérsia (os chamados "*leading cases*") que atenderam os critérios de inclusão na pesquisa: casos em que ocorram constantes modificações de entendimentos em curto espaço de tempo, gerando fluidez e imprevisibilidade decisões judiciais quanto ao significado da norma jurídica extraída dos princípios constitucionais. Nesse sentido, atendem a essa estratificação os seguintes casos-temas: prisão após condenação em segunda instância, perda do mandato eletivo em caso de transfúgio partidário, depósito recursal como condição para ajuizamento ou continuidade de demandas judiciais e a execução penal em regime fechado de condenados por crimes hediondos.

O estudo de casos judiciais é sustentado pela necessidade de que a pesquisa, embora não seja de caráter empírico, esteja conectada com a nossa realidade social. Com efeito, tal incurso empírico, embora limitado e delimitado, mostra-se importante para que as discussões e as possíveis soluções a serem apresentados sobre como conciliar a segurança jurídica no sistema de princípios do direito estejam em conexão com a nossa prática jurídica. Além disso, justifica-

¹⁶ Cf. art. 102 da CF/88: "*Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*", cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;" (Brasil, CF, 1988)

se a escolha dos casos anteriormente referidos por serem representativos e reveladores de como o judiciário brasileiro tem alterado repetidamente seus entendimentos sobre um mesmo princípio constitucional, demonstrando, assim, um modelo decisório que não se preocupa com a previsibilidade do direito, embasando a crítica social quanto à insegurança jurídica no Brasil ser produzida, especialmente, pela atividade jurisdicional.

2.2.1 O caso da prisão após condenação criminal em segunda instância e o princípio constitucional da presunção de inocência

Recepcionando as declarações internacionais de direitos humanos¹⁷, a Constituição brasileira de 1988 prevê, em seu inciso LVII do artigo 5º, o seguinte enunciado normativo: “*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*” (Brasil, CF, 1988). A aplicação desse enunciado normativo, denominado de princípio da presunção de inocência, tem gerado grandes controvérsias em decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. É que no sistema penal recursal brasileiro¹⁸, os recursos para as cortes superiores (após decisão em segunda instância) não possuem o chamado efeito suspensivo¹⁹. Razão disso, discute-se, à luz do mencionado princípio constitucional, qual o momento que o condenado criminalmente pode começar a cumprir a pena: se somente após o trânsito em julgado ou após a condenação em segunda instância da decisão penal condenatória.

¹⁷ Desde a Revolução Francesa, em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão já estabelecia que “*todo acusado deve ser presumido inocente, até que seja declarado culpado*” (art. 9º). De igual modo, após os horrores fascismo e com o fim da Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) consagrou o princípio da presunção de inocência ao estabelecer que “*toda pessoa acusada de delito tem Direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa*” (art. 11).

¹⁸ Assim dispõe o art. 637 do Código de Processo Penal brasileiro: “*o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.*” (Brasil, 1941). De igual modo, prevê o art. 995 do Código de Processo Civil brasileiro: “*os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.*” (Brasil, CPC, 2015).

¹⁹ Conforme define Sérgio Bermudes: “*o efeito suspensivo obsta à eficácia da decisão judicial, proferida no processo, na extensão do recurso que o produz*” (Bermudes, 2000, p. 11). Desse modo, após proferida a sentença e interposto recurso, sendo-lhe concedido tal efeito, a decisão recorrida não poderá surtir efeitos até que haja novo julgamento. Por outro lado, quando não há o chamado efeito suspensivo do recurso, a decisão passa a produzir efeitos desde logo.

Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal entendia pela possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Assim, ainda que o acusado tenha interposto recursos para as Cortes Superiores, considerando o exaurimento da chamada instância ordinária, já teria que iniciar o imediato cumprimento da pena. Nesse sentido, temos o julgamento paradigmático, proferido ainda no ano de 1991, no HC 68.726/DF20, no qual a referida Corte Constitucional entendeu que a ordem de prisão de órgão julgador de segundo grau não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, pois os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo, exaurindo, assim, as instâncias ordinárias criminais, o que afastaria a ilegalidade do mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau havia determinado²¹.

Porém, no ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento já sedimentado, conforme decisão paradigma proferida no HC 84.078/MG²². A partir de então, já

²⁰ Ementa: *Habeas corpus*. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, Inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão de órgão julgador de segundo grau e de natureza processual e concerne aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal, não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o par. 2º do art. 27. da lei n. 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido (Brasil, STF, 1991).

²¹ Em diversos outros julgamentos que se sucederam, o Supremo Tribunal Federal reiterou tal entendimento, conforme se verifica no HC 71.723, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 16/6/1995; HC 74.983, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/6/1997; HC 72.366/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 26/1/1999; HC 79.814, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 13/10/2000; HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 12/4/2002; RHC 84.846, Rel. Carlos Velloso, julgado em 5/11/2004; RHC 85.024, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10/12/2004; HC 91.675, Rel. Min. Carmen Lúcia, julgado em 7/12/2007.

²² Para maiores detalhes, confira-se excerto da ementa: “A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do Direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o Direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”,

não mais se admitia a execução provisória (antecipada) da pena enquanto não ocorresse o trânsito em julgado da decisão penal condenatória. Entendeu-se que a antecipação da execução penal é incompatível com o texto constitucional, de modo que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título de medida cautelar. Justificou ainda que a ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito, pois deve englobar também as fases recursais de natureza especial e extraordinária. Por isso, a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação caracterizaria um desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito do acusado de elidir essa pretensão.

Todavia, no ano de 2016, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP²³, ocorreu uma reviravolta do entendimento sobre a matéria, passando a referida Corte a entender pela possibilidade de execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório em segunda instância, sem necessidade, portanto, de observar trânsito em julgado da condenação. Justificou-se que, por não haver efeito suspensivo, os recursos especiais e extraordinários não obstarão o início imediato da condenação, a qual deveria ser observado apenas nas instâncias ordinárias. Além disso, a execução imediata da sanção penal na pendência de recursos para Cortes Superiores não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade.

Aliás, chama atenção, dentre as justificativas apresentadas, os argumentos de natureza política (decisão com base na justificativa do que seria melhor para o sistema criminal brasileiro e não com base no que está previsto na nossa legislação), conforme manifestaram alguns Ministros da Suprema Corte, buscando fundamentar suas posições em estudos de legislações estrangeiras: *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte”*. (Brasil, STF, 2016, grifou-se). Nesse sentido, ganhou destaque o estudo de legislações de países

que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. [...] 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil)” (Brasil, STF, 2009, grifou-se).

²³ Decisão possui a seguinte ementa: *“Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado”* (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

anglo-saxônicos:

A esse respeito, merece referência o abrangente estudo realizado por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Mônica Nicida Garcia e Fábio Gusman, que reproduzo: “**a) Inglaterra. [...] b) Estados Unidos. [...] c) Canadá [...] Os Estados Unidos adotam standards bastante rigorosos nessa seara.** A legislação processual federal – art. 18 U. S. Code §3143 – determina a imediata prisão do condenado, mesmo antes da imposição da pena (alínea “a”), salvo casos excepcionais. As exceções são ainda mais estritas na pendência de apelos (alíneas “b” e “c”). As legislações processuais dos estados não costumam ser mais brandas. Nesses ordenamentos, muito embora a presunção de não culpabilidade fique afastada, ainda há o Direito a recurso, a ser analisado em tempo hábil. No entanto, o Direito de análise célere da impugnação é fundado em outros preceitos, como a duração razoável do processo (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

Argumentou-se ainda que, nos recursos extraordinários, o Supremo Tribunal Federal não tem por objetivo examinar a justiça ou injustiça das decisões anteriores, mas apenas a “higidez do sistema normativo”, revelando uma posição bastante legalista do direito. Além disso, afirmou que Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, “*sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto*”, como se fosse possível separar da interpretação da norma jurídica as circunstâncias do caso concreto, adotando, nesse sentido, ainda que de forma inconsciente, uma hermenêutica jurídica já bastante antiga, que se aproxima da ideia do “juiz boca da lei”, na qual a interpretação é apenas um ato de revelar o significado da lei, dissociado dos fatos.

Não custa insistir **que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos.** Destinam-se, precipuamente, à **preservação da higidez do sistema normativo.** Isso ficou mais uma vez evidenciado, no que se refere ao recurso extraordinário, com a edição da EC 45/2004, ao inserir como requisito de admissibilidade desse recurso a existência de repercussão geral da matéria a ser julgada, impondo ao recorrente, assim, o ônus de demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica da questão controvertida. Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, **sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto** (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

Há também posições pragmáticas (consequencialistas) nos votos dos Ministros para justificar a imediata prisão após condenação em segunda instância, aduzindo que as as melhores alternativas hermenêuticas “*quicá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta*

Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos” (Brasil, STF, 2016). Assim, a interpretação do referido princípio constitucional seria aquela que levasse em consideração os seus efeitos ou suas consequências²⁴, buscando a redução do trâmite de processos, a minimização da seletividade punitiva e a diminuição da redução da impunidade.

Entretanto, no ano 2019, ocorreu, mais uma vez, nova mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADCs 43, 44 e 54²⁵, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, retomando anterior entendimento, no sentido que o cumprimento da pena somente pode ocorrer após exaurimento de todas as vias recursais, com o trânsito em julgado, em atendimento ao princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse julgado, diferente da decisão anterior, o Relator fundamenta que o judiciário não pode embasar suas decisões no clamor social, contrariando a normativa constitucional. De maneira geral, a argumentação contrária à prisão após condenação em segunda instância baseou-se na existência de um direito fundamental conquistado ao longo do processo civilizatório, cumulado com a própria literalidade da Constituição²⁶ e da legislação infraconstitucional:

²⁴ **Há, ainda, três fundamentos pragmáticos** que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que **coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária**; (ii) diminui o grau de **seletividade do sistema punitivo brasileiro**, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a **quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

²⁵ Confira-se a ementa do acórdão: “*Pena. Execução provisória. Impossibilidade. Princípio da não culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória*” (Brasil, STF, 2019, grifou-se).

²⁶ Muito embora cabe o registro que em diversos votos favoráveis à prisão, novamente foram utilizados argumentos de caráter político e pragmáticos, relacionados à legislação estrangeira, a análise econômica do direito e as consequências processuais da posição contrária: “*Portanto, nós estamos aqui numa escolha entre o padrão de justiça praticado mundialmente ou um padrão de justiça que não é praticado em lugar nenhum, nem nos países menos desenvolvidos. [...] Por fim, cumpre pontuar argumentos associados à análise econômica do Direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos. A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional. [...] Por outro lado, claro, a justiça é cega; os juízes não o são. Será que, aqui, nós estamos falando de réus pobres? Só a Defensoria Pública veio aqui sustentar, e também por dever de ofício, para se acoplar ao ideário da advocacia de lutar pelas garantias. Eu não critico. Entendo que os*

Embora fortes razões de índole social, ética e cultural amparem seriamente a necessidade de que sejam buscados desenhos institucionais e mecanismos jurídicos-processuais cada vez mais aptos a responder, com eficiência, à exigência civilizatória que é o debelamento da impunidade, não há como, do ponto de vista normativo-constitucional vigente – cuja observância irrestrita também traduz em si mesma uma exigência civilizatória –, **afastar a higidez de preceito que institui garantia, em favor do Direito defesa e da garantia da presunção de inocência, plenamente assimilável ao texto magno.** [...]

A sociedade reclama, e com razão, que processo penal ofereça uma resposta célere e efetiva. Tal exigência, no entanto, não pode ser atendida ao custo da supressão das garantias fundamentais asseguradas no Texto Magno, garantias estas lá encartadas para proteger do arbítrio e do abuso os membros dessa mesma sociedade. **As reflexões calcadas no aspecto da eficiência, nos topoi do Direito comparado, na urgência do quadro social ou na preferência, dogmática ou ideológica, por determinados modelos de racionalidade processual em detrimento de outros, são pertinentes. Somente se legitimam normativamente, todavia, de *lege ferenda* ou de *constitutione ferenda*.** [...] Insisto em que não se mostra possível superar a **taxatividade daquele dispositivo constitucional**, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, in claris cessat interpretatio. E o texto do inciso LVII do art. 5º da Carta Magna, ademais, além de ser claríssimo, jamais poderia ser objeto de uma inflexão jurisprudencial para interpretá-lo in malam partem, ou seja, em prejuízo dos acusados em geral (Brasil, STF, 2019, grifou-se).

Dessa forma, na vigência da Constituição de 1988, sem qualquer alteração do dispositivo constitucional mencionado, ocorreram quatro mudanças de interpretação jurídica sobre o mesmo princípio constitucional²⁷, deixando evidente a grande volatilidade de entendimentos, assentados numa atitude de ampla discricionariedade do intérprete judicial na aplicação do princípio constitucional da presunção de inocência.

advogados estão no seu papel. Mas, evidentemente, Senhor Presidente, os crimes a que nós temos assistido e que são cobertos pela presunção de inocência não são crimes de pessoas humildes. [...] Então, Senhor Presidente, concluindo, eu assento que uma viragem jurisprudencial a essa altura, mercê de considerá-la, com a devida vênua, inoportuna e antijurídica - por isso eu acho que não se pode falar em segurança jurídica; qual é a juridicidade, a confiança legítima que pode ter uma pessoa que já foi condenada em duas instâncias? Isso não é segurança jurídica -, entendo que essa viragem jurisprudencial trará danos inmensuráveis ao País e à sociedade brasileira” (Brasil, STF, 2019, grifou-se).

²⁷ Registre-se que no decorrer da escrita da presente pesquisa, em 12/09/2024, o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, modificou seu entendimento, ainda que parcial, em relação aos condenados por júri popular. A referida Corte decidiu que a soberania das decisões do Tribunal do Júri (ou júri popular), prevista na Constituição Federal, justifica a execução imediata da pena imposta. Dessa forma, condenados por júri popular podem ser presos imediatamente após a decisão. O entendimento foi firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 1235340 / SC, fixando a seguinte tese: “a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri autoriza a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada”. (Brasil, STF, 2024).

2.2.2 O caso da perda do mandato eletivo e o princípio da infidelidade partidária

Diferentemente do que previsto na Constituição de 1967 (redação dada pela Emenda Constitucional 1/1969²⁸), e na legislação infraconstitucional regulamentadora (Lei Federal n. 5682/1971 – Lei Orgânica dos Partidos Políticos)²⁹, a Constituição Federal de 1988 assegurou autonomia aos Partidos Políticos para que definissem sua formação e funcionamento, delegando aos estatutos dos partidos o estabelecimento de regramento acerca da fidelidade e disciplina partidárias³⁰. Além disso, foi retirado do texto constitucional, dentre as hipóteses de perda de mandato parlamentar, a infidelidade partidária, conforme artigo 55 da Constituição Federal de 1988³¹. Posteriormente, foi publicada a Lei Federal n. 9.096/1995, atual Lei Orgânica dos Partidos Políticos, a qual, conforme sistemática adotada pela Constituição de 1988, não trouxe hipótese de perda do mandato em decorrência da violação ao princípio da fidelidade partidária

Ao analisar a aplicação do princípio da infidelidade partidária como causa de perda de mandato eletivo, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 1989³², firmou entendimento em

²⁸ Nos termos da emenda Constitucional 1/1969, a infidelidade partidária tinha como sanção expressa a perda do mandato eletivo: “Art 152 - A organização, o funcionamento e a extinção dos Partidos Políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios: V - disciplina partidária; **Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça eleitoral, mediante apresentação do partido, assegurado o Direito de ampla defesa.**” (Brasil, CF, 1967).

²⁹ Nesse sentido, previa o art. 72 da referida Lei: “O Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual ou Vereador que, por atitude ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda fôr eleito, perderá o mandato.” (Brasil, 1971).

³⁰ Nesse sentido, vide art. 17, §1º: “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, **devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.**” (Brasil, 1988, grifou-se).

³¹ Prevê as seguintes hipóteses: “Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os Direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.” (Brasil, 1988).

³² Ementa: **MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL.** - em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal

sentido impeditivo, por entender que não há na Constituição, nem na legislação infraconstitucional, em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, previsão para incidência do princípio da fidelidade partidária: “a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, **no silêncio da constituição e da lei**, aos respectivos suplentes” (Brasil, STF, 1989, grifou-se).

Contudo, no ano de 2007, após decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), proferida na Consulta n. 1.398, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento³³, para prever a possibilidade de perda do mandato por migração partidária do candidato eleito. Agora, contrariamente à decisão anterior, justificou-se que não há necessidade de expressa previsão legal ou constitucional do princípio da fidelidade partidária, pois ele seria corolário lógico-

por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - mandado de segurança indeferido (Brasil, STF, 1989).

³³ Nesse sentido, dentre as diversas ações de mandado de segurança julgados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da decisão do TSE, confira-se, por todos, a ementa do acórdão proferido no MS 26.604/DF, de Relatoria da Min. Carmen Lúcia: “Direito constitucional e eleitoral. Mandado de segurança impetrado pelo partido dos democratas - dem contra ato do presidente da câmara dos deputados. Natureza jurídica e efeitos da decisão do tribunal superior eleitoral - tse na consulta n. 1.398/2007. Natureza e titularidade do mandato legislativo. Os partidos políticos e os eleitos no sistema representativo proporcional. Fidelidade partidária. Efeitos da desfiliação partidária pelo eleito: perda do Direito de continuar a exercer o mandato eletivo. Distinção entre sanção por ilícito e sacrifício do Direito por prática lícita e juridicamente conseqüente. Impertinência da invocação do art. 55 da constituição da república. Direito do impetrante de manter o número de cadeiras obtidas na câmara dos deputados nas eleições. Direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie do partido político. Princípio da segurança jurídica e modulação dos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial: marco temporal fixado em 27.3.2007. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido. [...] 6. **A fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, sem necessidade de sua expressão literal. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento constitucional.** 7. A desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. O desligamento do parlamentar do mandato, em razão da ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, provoca o desprovisionamento automático do cargo. **A licitude da desfiliação não é juridicamente inseqüente, importando em sacrifício do Direito pelo eleito, não sanção por ilícito, que não se dá na espécie.** 8. **É Direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas nas eleições proporcionais.** 9. **É garantido o Direito à ampla defesa do parlamentar que se desfilie de partido político.** 10. **Razões de segurança jurídica, e que se impõem também na evolução jurisprudencial, determinam seja o cuidado novo sobre tema antigo pela jurisdição concebido como forma de certeza e não causa de sobressaltos para os cidadãos.** Não tendo havido mudanças na legislação sobre o tema, tem-se reconhecido o Direito de o Impetrante titularizar os mandatos por ele obtidos nas eleições de 2006, mas com modulação dos efeitos dessa decisão para que se produzam eles a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398/2007. 11. Mandado de segurança conhecido e parcialmente concedido” (Brasil, STF, 2007, grifou-se).

jurídico do sistema constitucional vigente. Sustentou-se haver uma distinção entre sanção por ilícito e sacrifício do direito por prática lícita, de modo que, ainda que a desfiliação partidária não seja hipótese de perda de mandato, conforme as tipologias previstas no artigo 55 da Constituição Federal, haveria uma consequência jurídica, com “sacrifício do direito” à continuidade do exercício do cargo eletivo.

Na decisão, tendo em vista a ausência de expressa norma constitucional que impusesse a perda do mandato nessa situação, foram citadas diversas normas constitucionais para justificar a alteração de entendimento, tais como o princípio da soberania popular e da representação partidária: *“aceitar, portanto, ser do próprio parlamentar o mandato, [...] seria fazer tabula rasa dos princípios, como o da soberania popular, o da representação mediante a imprescindível e decisiva participação dos partidos políticos, dentre outros, e das regras que ordenam a matéria aqui cuidada”* (Brasil, STF, 2007). Inclusive, a decisão estabelece que o entendimento se aplica também aos cargos eletivos majoritários, como o de Senador: *“é certo que as regras constitucionais citadas no penúltimo parágrafo deste nosso voto são indistintamente aplicáveis a senadores e deputados (Brasil, STF, 2007, grifou-se).*

Corroborando tal entendimento, no julgamento de normativos administrativos do Tribunal Superior Eleitoral (Resoluções TSE n. 22.610/2007³⁴ e 22.733/2008³⁵), que regulamentou o procedimento de perda do mandato, o Supremo Tribunal Federal manteve seu entendimento, julgado constitucionais referidos atos regulamentadores, ainda que não editados pelo Poder Legislativo, conforme decisão proferida nas ADIs 3999/DF e 4086/DF³⁶,

³⁴ Resolução disciplinou o procedimento para aplicação da sanção de perda do mandato para todos os candidatos que violassem, sem causa excludente, o princípio da fidelidade partidária: *“O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:[...]”* (Brasil, TSE, 2007).

³⁵ Alterou a redação originária do art. 11 da Resolução-TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007.

³⁶ Ementa: *“Ação direta de inconstitucionalidade. Resoluções do Tribunal Superior Eleitoral 22.610/2007 e 22.733/2008. Disciplina dos procedimentos de justificação da desfiliação partidária e da perda do cargo eletivo. Fidelidade partidária. [...] 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. [...] 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um Direito*

esclarecendo que as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciasse, não havendo “*suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral*” (Brasil, STF, 2008, grifou-se).

Referida decisão, portanto, confirmou a constitucionalidade da normatividade estabelecida pela Justiça Eleitoral, que estabeleceu o procedimento para formalização da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, sendo que, conforme art. 13 da referida Resolução TSE 22.610/2007, a perda do mandato envolvia tantos os cargos eletivos pelo sistema proporcional, quanto pelo sistema majoritário: “*esta resolução entra em vigor na data de sua publicação [...] quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário*” (Brasil, TSE, 2007, grifou-se).

Entretanto, no ano de 2015, em decisão proferida na ADI n. 5081/DF³⁷, o Supremo Tribunal Federal ocorreu, mais uma vez, alteração de entendimento quanto a aplicação do princípio da fidelidade partidária aos cargos majoritários. Nessa nova decisão, em que pese ter sido firmado anteriormente a constitucionalidade dos atos normativos editados pelo TSE

constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente” (Brasil, STF, 2008, grifou-se).

³⁷ Ementa: Direito constitucional e eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução nº 22.610/2007 DO TSE. **inaplicabilidade da regra de perda do mandato por infidelidade partidária ao sistema eleitoral majoritário.** 1. Cabimento da ação. Nas ADIs 3.999/DF e 4.086/DF, discutiu-se o alcance do poder regulamentar da Justiça Eleitoral e sua competência para dispor acerca da perda de mandatos eletivos. O ponto central discutido na presente ação é totalmente diverso: saber se é legítima a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário. 2. As decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 tiveram como pano de fundo o sistema proporcional, que é adotado para a eleição de deputados federais, estaduais e vereadores. As características do sistema proporcional, com sua ênfase nos votos obtidos pelos partidos, tornam a fidelidade partidária importante para garantir que as opções políticas feitas pelo eleitor no momento da eleição sejam minimamente preservadas. Daí a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. 3. O sistema majoritário, adotado para a eleição de presidente, governador, prefeito e senador, tem lógica e dinâmica diversas da do sistema proporcional. **As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular (CF, art. 1º, parágrafo único; e art. 14, caput).** 4. Procedência do pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade (Brasil, STF, 2015, grifou-se).

(Resoluções TSE n. 22.610/2007 e 22.733/2008), aplicáveis indistintamente aos cargos eletivos majoritários e proporcionais, sustentou-se que a perda do mandato para os cargos eletivos pelo sistema majoritário ofenderia o princípio da soberania popular, muito embora tenha sido utilizado como fundamento para justificar a possibilidade de perda do mandato para ambos os sistemas eletivos: “*As características do sistema majoritário, com sua ênfase na figura do candidato, fazem com que a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustre a vontade do eleitor e vulnere a soberania popular*” (Brasil, STF, 2015, grifou-se).

Portanto, verifica-se, novamente, uma constante oscilação de entendimentos judiciais, sem que ocorra qualquer modificação das disposições normativas constitucionais utilizadas como fundamento jurídico de decidir.

2.2.3 O caso do depósito recursal e o princípio constitucional do devido processo legal

No ano de 1995, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.049/DF³⁸, decidiu que o depósito recursal da multa previdenciária para admissão de recursos administrativos, previsto originalmente no art. 93 da Lei Federal n. 8.212/91³⁹, era compatível com a ordem constitucional, não havendo violação ao princípio do devido processo legal, pois o “*o devido processo legal não impõe sequer o direito à existência do recurso administrativo, não vejo de que maneira o condicionamento do seu exercício ao depósito poderia afetar a garantia do devido processo legal*” (Brasil, STF, 1995, grifou-se).

Porém, no ano de 2007, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.

³⁸ O acórdão restou assim ementado: “*Constitucional. Previdenciário. 13º Salário: sua não integração no salário-decontribuição para o cálculo de benefício. Recurso: obrigatoriedade do depósito da multa imposta. Benefícios: prazo de carência. Abono de permanência: extinção. Pecúlio: extinção. Lei 8.212, de 1991, § 7º do artigo 28 e art. 93 com a redação da Lei 8.870/94. Art. 25, inciso II e artigo 82 da Lei 8.213, de 1991, com a redação da Lei nº 8.870, de 1994. I. – Suspensão cautelar da eficácia do art. 93 da Lei 8.212, de 1991, com a redação da Lei 8.870/94, que estabelece que “o recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data da lavratura*” (Brasil, STF, 1995)

³⁹ Referido dispositivo assim prescrevia: “*Art. 93 O recurso contra a decisão do INSS que aplicar multa por infração a dispositivo da legislação previdenciária só terá seguimento se o interessado o instruir com a prova do depósito da multa atualizada monetariamente, a partir da data da lavratura.*” (Brasil, 1991). Registre-se, todavia, que referido dispositivo foi revogada expressamente pela Lei 9.639, de 25 de maio de 1998, nos termos do seu art. “*Revoga-se o caput do art. 93, da Lei nº 8.212, de 1991 e demais disposições em contrário*”. (Brasil, 1998).

1976/DF⁴⁰, entendeu-se, contrariamente, pela inconstitucionalidade de disposições da Lei Federal n. 10.522/2002, que estabelecia exigência de depósito recursal de 30% do valor de débitos fiscais. Justificou-se que a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo intransponível para o exercício do direito de petição, além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório. Além disso, por entender que essa exigência pode ensejar a supressão do direito de recorrer, haveria uma violação também ao princípio da proporcionalidade. Inclusive, no ano seguinte, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento convertido em Recurso Extraordinário sob o n. 698.626/SP, foi firmada Tese por meio da edição da Súmula Vinculante (número 21), com o seguinte enunciado: *“é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”* (Brasil, 2008).

Contudo, diferentemente do posicionamento anterior (violação do devido processo legal em razão da exigência de depósito recursal), o Supremo Tribunal Federal, mais uma vez, altera seu entendimento no julgamento da ADI 3.995⁴¹, em decisão proferida em 13/12/2008,

⁴⁰ O acórdão restou assim ementado: *“Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 e art. 33, ambos da MP 1.699-41/1998. Dispositivo não reeditado nas edições subsequentes da medida provisória tampouco na lei de conversão. Aditamento e conversão da medida provisória na lei 10.522/2002. Alteração substancial do conteúdo da norma impugnada. Inocorrência. Pressupostos de relevância e urgência. Depósito de trinta por cento do débito em discussão ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição para a interposição de recurso administrativo. Pedido deferido. [...]. A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do Direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do Direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72”* (Brasil, STF, 2007, grifou-se).

⁴¹ A decisão possui a seguinte ementa: *“Direito constitucional e processual do trabalho. Ação direta de inconstitucionalidade. depósito prévio em ação rescisória. Acesso à justiça e ampla defesa. proporcionalidade. 1. As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. A sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Afeta, em última análise, o próprio Direito constitucional de acesso à Justiça. 2. Dessa forma, é constitucional o depósito prévio no ajuizamento de ação rescisória como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos rescisórios aventureiros. Não há violação a direitos fundamentais, mas simples acomodação com outros valores constitucionalmente relevantes, como à tutela judicial efetiva, célere e de qualidade. 3. O depósito no percentual de 20% sobre o valor da causa não representa uma medida demasiadamente onerosa, guardando razoabilidade e proporcionalidade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “É constitucional a fixação*

admitindo a necessidade do depósito de 20% para admissão de ação rescisória, conforme exigência do art. 836 da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei n. 5.452/1943)⁴². Dessa forma, para a Suprema Corte, diferentemente do que decidido na ADI 1976/DF, a exigência de depósito recursal não mais violaria o referido princípio constitucional, nem o princípio da proporcionalidade, defendendo, com base em argumentos pragmáticos que “*a sobreutilização do Judiciário congestiona o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais*” (Brasil, STF, 2018). Razão disso, a exigência do depósito em tais demandas representa “*simples acomodação com outros valores constitucionalmente relevantes, como à tutela judicial efetiva, célere e de qualidade*” (Brasil, STF, 2018).

Registre-se que não obstante a distinção realizada pelo Relator em relação ao julgamento anterior, os mesmos princípios constitucionais, como devido processo legal e seus corolários (acesso à justiça, contraditório) e proporcionalidade, que embasaram a inexigência do depósito, foram utilizados para sustentar o contrário (exigência). Nessa última decisão, os custos do depósito não foram vistos como violadores do acesso ao judiciário, mas sim como garantidores desse princípio:

A existência de custos pela instauração do processo e do ônus de arcar com os encargos suportados pelo ex adverso, em caso de insucesso, deverá levar a uma avaliação séria e responsável das perspectivas reais de êxito. Ao revés, se o custo de litigar for inexistente ou irrelevante, o processo se torna uma aposta sem risco de perda. Não é difícil intuir que, em um quadro como esse, há um incentivo para litigar. [...] A sobrecarga gerada para o Judiciário será tão grande que o próprio acesso à justiça estará comprometido. É preciso que se compreenda que as normas processuais estabelecem estruturas de incentivos ou de desincentivos para a litigância que interferem sobre a carga de trabalho enfrentada pelo Judiciário. Essa realidade precisa ser levada em conta na formulação dessas normas. Paradoxalmente, excesso de acesso à justiça gera a denegação de acesso à justiça (Brasil, STF, 2018 grifou-se).

Denota-se, mais uma vez, uma situação de uma jurisprudência cambaleante sobre a interpretação de princípios constitucionais.

de depósito prévio como condição de procedibilidade da ação rescisória” (Brasil, STF, 2018 grifou-se).

⁴² Assim prevê: “*É vedado aos órgãos da Justiça do Trabalho conhecer de questões já decididas, excetuados os casos expressamente previstos neste Título e a ação rescisória, que será admitida na forma do disposto no [Capítulo IV do Título IX da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil](#), sujeita ao depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídica do autor.*” (Brasil, 1943).

2.2.4 O caso do regime de execução da pena privativa de liberdade e o princípio da individualização da pena

A Constituição brasileira de 1988 prevê o chamado princípio da individualização da pena, em seu artigo 5º, inciso XLVI: “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes.” (Brasil, 1988). Como desdobramento da disposição constitucional, temos o artigo 112⁴³ da Lei de Execução Penal (Lei Federal n. 7.210/1984), a qual estabelece que a execução da pena privativa de liberdade será de forma progressiva, ou seja, havendo transferência do condenado de regime mais rigoroso para mais brando, quando o apenado se demonstrar apto ao novo regime, fazendo-se uma análise dos requisitos objetivos e subjetivos de acordo com o estipulado em lei. Esse sistema progressivo da pena tem por finalidade garantir ao apenado a sua readaptação social, por meio de mecanismos institucionais que incentivem hábitos probos e lícitos, conforme aponta Cezar Roberto Bittencourt:

Os sistemas progressivos, em seus diversos matizes, procuram corresponder ao inato desejo de liberdade dos reclusos, estimulando-lhes a emulação que haverá de conduzi-los à liberdade. E exatamente aí está a grande diferença com os sistemas Pensilvânicos e Auburniano que somente pretendiam disciplinar o regime interior das prisões e a eventual correção dos reclusos no transcurso de tempo prefixado na sentença (Bittencourt, 2011, p. 100).

Porém, na redação original da Lei dos Crimes Hediondos (§1º do artigo 2º da Lei Federal n. 8.072/1992)⁴⁴, previa que os condenados que praticassem crimes hediondos ou os crimes equiparados deveriam cumprir toda a sua pena em regime mais rigoroso (no regime integralmente fechado). Interpretando tal dispositivo à luz da Constituição Federal, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua compatibilidade constitucional (Habeas Corpus n. 69.657/SP)⁴⁵, pois, conforme sustentaram,

⁴³ Prevê o dispositivo em questão: *Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: [...] § 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.* (Brasil, 1992)

⁴⁴ Assim estabelecia: “§ 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado” (Brasil, 1992).

⁴⁵ O acórdão possui a seguinte ementa: “*Habeas corpus. Lei dos crimes hediondos. Pena cumprida*

o princípio da individualização da pena não implica em necessidade de observar os regimes de progressão da pena, não sendo, desse modo, inconstitucional a lei que prevê essa impossibilidade para os crimes caracterizados como hediondos.

Destaque-se, ainda, o argumento constante do Ministro Francisco Rezek, que defendeu a constitucionalidade do tratamento dado pelo legislador ordinário, em relação à impossibilidade da progressão de regime para crimes hediondos, tendo como pressuposto a tripartição dos poderes constitucionais: “*não somos casa legislativa. Não temos autoridade que tem o legislador para estabelecer a melhor disciplina. Nosso foro é corretivo, e só pode extirpar do trabalho do legislador ordinário - bem ou mal avisado, primoroso ou desastroso - aquilo que não pode coexistir com a Constituição*” (Brasil, STF, 1992).

Já no ano de 1997, tendo em vista a edição da Lei Federal n. 9.455/1997, chamada Lei de Tortura, que estabeleceu a possibilidade de progressão de regime, o Supremo Tribunal Federal foi novamente instado a se pronunciar sobre a possibilidade de aplicação analógica, *in bona partem*, da progressão legal prevista para os crimes de tortura aos crimes hediondos. Contudo, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento da constitucionalidade da disposição legal que prevê a impossibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena para os crimes hediondos, fundamentando que o judiciário não poderia atuar como legislador⁴⁶.

necessariamente em regime fechado. Constitucionalidade do artigo 2º parágrafo 1º da Lei 8072. Tráfico ilícito de entorpecentes. condenação, onde o artigo 2º parágrafo 1º da Lei 8072, dos crimes hediondos, impõe cumprimento da pena necessariamente em regime fechado. não há inconstitucionalidade em semelhante rigor legal, visto que o princípio da individualização da pena não se ofende na impossibilidade de ser progressivo o regime de cumprimento da pena: retirada a perspectiva da progressão frente a caracterização legal da hediondez, de todo modo tem o juiz como dar trato individual a fixação da pena, sobretudo no que se refere a intensidade da mesma. habeas corpus indeferido por maioria” (Brasil, STF, 1992, grifou-se).

⁴⁶ Veja o seguinte excerto da decisão constante da ementa do julgado: “*Ora, se a Lei mais benigna tivesse ofendido o princípio da isonomia, seria inconstitucional. E não pode o Juiz estender o benefício decorrente da inconstitucionalidade a outros delitos e a outras penas, pois, se há inconstitucionalidade, o juiz atua como legislador negativo, declarando a invalidade da lei. E não como legislador positivo, ampliando lhe os efeitos a outras hipóteses não contempladas. 5. De qualquer maneira, bem ou mal, o legislador resolveu ser mais condescendente com o crime de tortura do que com os crimes hediondos, o tráfico de entorpecentes e o terrorismo. Essa condescendência não pode ser estendida a todos eles, pelo Juiz, como intérprete da Lei, sob pena de usurpar a competência do legislador e de enfraquecer, ainda mais, o combate à criminalidade mais grave. 6. A Constituição Federal, no art. 5º, inc. XLIII, ao considerar crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, não tratou de regime de cumprimento de pena. Ao contrário, cuidou, aí, de permitir a extinção de certas penas, exceto as decorrentes de tais delitos. Nada impedia, pois, que a Lei nº 9.455, de 07.04.1997, definindo o crime de tortura, possibilitasse o cumprimento da pena em regime apenas inicialmente fechado - e não integralmente fechado. Pode não ter sido uma boa opção de política criminal. Mas não propriamente viciada de inconstitucionalidade” (Brasil, STF, 1998, grifou-se).*

Inclusive, ocorreu a edição Súmula Jurisprudencial sobre a questão, aprovada em 24/09/2003: “*Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura.*” (Brasil, STF, 2003).

Entretanto, no ano de 2006, o Plenário do Supremo Tribunal Federal modificou sua compreensão sobre o princípio da individualização da pena. Com efeito, quando do julgamento do Habeas Corpus n. 82.959/SP⁴⁷ fixou diferente posicionamento, fundamentando a inconstitucionalidade da citada disposição da Lei dos Crimes Hediondos por justamente violar o princípio constitucional da individualização da pena: “*excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado “sistema de individualização científica”, da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena*” (Brasil, STF, 2006). Aliás, esse entendimento foi reafirmado quando do julgamento do Habeas Corpus n. 111.840/ES, no ano de 2012, quando da análise das modificações dadas pela Lei Federal n. 11.464/2007 à Lei de Crimes Hediondos⁴⁸, passando a prever a possibilidade de progressão de regime da pena, com a obrigatoriedade de início da pena seja necessariamente em regime fechado. Para o Supremo Tribunal Federal essa exigência legal também violava o princípio da individualização da pena, podendo ocorrer a fixação de regime diversos, como o semiaberto, desde o início de cumprimento da pena privativa de liberdade⁴⁹.

⁴⁷ A ementa da decisão foi a seguinte: “*Pena. Regime de cumprimento. Progressão. Razão de ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena. Crimes hediondos. Regime de cumprimento. Progressão. Óbice. Artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Inconstitucionalidade. Evolução jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90*” (Brasil, STF, 2006, grifou-se).

⁴⁸ Conforme prevê a referida Lei: “*O art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: “[...] 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.*” (Brasil, 2007).

⁴⁹ Para melhor compreensão, confira-se excerto da decisão: “*Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n. 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. **Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado.** Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90. **Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena** (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). **Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.** Ordem concedida. [...] Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (Brasil, STF, 2012, grifou-se).*”

Todavia, no ano de 2015, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n. 123.316/SE⁵⁰, o Supremo Tribunal Federal decidiu, contrariando seu anterior entendimento, que deve ser aplicado regime inicial integralmente fechado, conforme previsão estabelecida na Lei dos Crimes de Tortura⁵¹. Assim, embora tenha decidido que os crimes hediondos possam iniciar o cumprimento de pena em regime diverso do fechado, sendo inconstitucional a previsão legal nesse sentido, para os crimes de tortura essa previsão não passa mais a violar o princípio da individualização da pena. Dessa forma, mais outro exemplo de constantes variações de entendimentos com base no mesmo princípio constitucional, numa jurisprudência “zig-zague”.

2.3 Há uma crise da segurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira?

Os casos judiciais analisados demonstraram uma volatilidade de entendimentos em curto espaço de tempo em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação de um mesmo princípio constitucional. Os desacordos verificados nas decisões judiciais demonstram a dificuldade dos juristas em obter consenso sobre o significado de diversos dispositivos constitucionais, tais como presunção de inocência, princípio da infidelidade partidária, o princípio do devido processo legal, o princípio da individualização da pena. Por se tratarem de normas-princípios, seus significados não podem, certamente, ser fundamentados por argumentos de autoridade ou pela livre convicção do julgador. Esse modelo de atuação judicial, que revela uma grande fluidez de significados aos princípios, tem gerado críticas, por entender que ele produz insegurança ao direito, conforme constata Antônio Anastasia:

Falta ao Brasil a maturidade institucional necessária a evitar as constantes mudanças de interpretação nas relações do Estado com o cidadão, com o investidor e com o gestor. O Estado brasileiro claramente falha em garantir segurança jurídica. É preciso urgentemente evoluir, e o primeiro passo é um diagnóstico preciso, como em qualquer enfermidade. A famosa frase “no Brasil até o passado é incerto” é a prova cabal de que há um sério problema de segurança jurídica no país. Primeiro porque há dúvidas até mesmo sobre a

⁵⁰ Decisão possui a seguinte ementa: “*Pena. Regime de cumprimento. Circunstâncias judiciais. O regime de cumprimento da pena é fixado a partir do período correspondente e as circunstâncias judiciais. Pena. Regime de cumprimento. Previsão Legal. Se a lei de regência prevê o regime inicial de cumprimento da pena, impõe-se a observância, independente das circunstâncias judiciais*” (Brasil, STF, 2015).

⁵¹ Vide art. 1º, parágrafo 7º: “*O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*” (Brasil, 1997).

autoria da frase, se é do ex-Ministro Pedro Malan ou do ex-Presidente do Banco Central, Gustavo Loyola. Segundo, e mais relevante, porque o seu conteúdo é verdadeiro (Anastasia, 2022, p. 17).

De fato, essas constantes mudanças de entendimentos impedem que o Supremo Tribunal Federal cumpra sua função de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico constitucional e de elaborar precedentes confiáveis a serem seguidos pelos demais órgãos do judiciário, gerando a chamada jurisprudência “zigue-zague”, que causa a instabilidade ao direito, com possíveis violação à isonomia, diante da imprevisibilidade dos resultados das relações jurídico-processuais, uma vez que os jurisdicionados não terão qualquer certeza que a decisão dada é a que prevalecerá num futuro próximo. Nesse sentido, Alexandre Câmara tece críticas a essa jurisprudência oscilante, a qual chama de “lotérica”.

É que muitos juízes e tribunais, em nome de uma suposta “liberdade decisória”, davam a casos rigorosamente iguais soluções completamente diferentes. Inaugurou-se, então, no Brasil o que se chegou a chamar de **jurisprudência lotérica**, já que o resultado do processo muitas vezes dependia da distribuição por sorteio e, dependendo do juízo para o qual o processo fosse distribuído, o resultado final poderia variar completamente (Câmara, 2017, p. 412, grifou-se).

Os casos judiciais analisados, com raras exceções, revelam muito mais que uma simples evolução jurisprudencial, no sentido de ocorrer uma superação justificada de entendimento anteriormente firmado, pois, com raras exceções, não se verifica uma preocupação, ao modificar completamente o entendimento anterior, em revisar argumentativamente as justificadas dadas nos casos precedentes. Veja, por exemplo, o caso da alteração de entendimento quanto à perda do mandato por infidelidade partidária para os cargos majoritários. Na ADI 3999/DF decidiu-se que o princípio da fidelidade partidária se aplicava indistintamente a todos os cargos, sejam eles obtidos pelo sistema proporcional ou pelo sistema majoritário. No entanto, na ADI n. 5081/DF firmou-se que o princípio da infidelidade partidária já não mais se aplicaria aos cargos políticos eleitos por meio do sistema majoritário de eleições. Nesse sentido, é a crítica destacada por Thiago Portela:

Percebe-se, pelas razões da decisão, que o STF firmou esse entendimento por considerar que no sistema majoritário o eleitor escolhe seu representante de modo personalíssimo, a depender da “figura do candidato”. há que se questionar, contudo, se no sistema proporcional a

decisão do eleitor passa pelo mesmo crivo. Se assim o for, não há motivos para a aplicação ser distinta entre os sistemas majoritário e proporcional, mesmo que nesse último a participação do partido seja relevante para a aquisição de mais cargos políticos, haja vista que o voto foi depositado na figura de determinado candidato (Portela, 2015, p. 7).

Ademais, observa-se também justificativas de natureza política, ampliando o campo da juridicidade da norma constitucional. Por exemplo, no julgamento envolvendo a discussão sobre o princípio constitucional da presunção de inocência, consta do voto do Ministro Luís Roberto Barroso: *“em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte”* (Brasil, STF, 2016). Trata-se, desse modo, de argumento de política criminal e consequencialista, uma vez que se ampara no que seria “melhor para sociedade”, como justificativa para a alteração do modelo de execução penal brasileiro com base em modelos estrangeiros. Aliás, no citado julgamento foram realizadas defesas de uma visão pragmática do direito, conforme argumentos a seguir destacados:

Por fim, cumpre pontuar **argumentos associados à análise econômica do Direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos**. A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional. [...] **Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada**. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

Por fim, observa-se, de uma forma geral, o uso retórico dos princípios, aplicando-os como conceitos naturalizados e compartilhados por todos que não precisam ser elucidados no seu significado. Os julgadores deixam de demonstrar argumentativamente a correção de sua posição (significado do princípio empregado) perante a esfera pública. Os argumentos são voltados para o resultado do julgamento, sem clara preocupação de construir os seus

fundamentos de forma argumentativa. Observa-se que, em diversas decisões, os juristas estão mais preocupados em apresentar seus próprios posicionamentos, do que em demonstrar comparativamente o melhor argumento, a partir do que os sujeitos processuais suscitaram no processo (contraditório), tendo pouco impacto as teorias contemporâneas da argumentação jurídica nas decisões judiciais. Nesse sentido, é a crítica de José Rodrigues:

É interessante notar que a recepção brasileira de autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy gerou impacto nulo sobre nossa jurisprudência e nosso modo de operar o Direito. Não é incomum que os tribunais brasileiros, inclusive o STF cite tais autores em suas decisões. No entanto, tais citações costumam servir como argumento de autoridade: servem apenas para demonstrar erudição. Não há indício de que os modelos de racionalidade jurídica presentes na obra desses autores tenham tido qualquer influência sobre o modo de raciocinar dos operadores de nosso Direito. Tal fato mostra como nossa tradição é forte e coesa; capaz de incorporar a obra destes teóricos em seu registro próprio, sem se deixar influenciar efetivamente por eles (Rodriguez, 2013, p. 15)

Portanto, em resumo, o conjunto de casos analisados permite elencar alguns pontos críticos a serem futuramente cotejados com o ideal de segurança jurídica: (i) mudanças frequentes de entendimento judiciais, sem que haja alteração do enunciado normativo (princípio constitucional), ocorrendo uma prática decisória fluída; (ii) não há por parte dos julgadores uma preocupação em justificar, em boa parte dos casos analisados, as razões (com enfrentamento dos discursos apresentados pelas partes) pelas quais ocorreu a alteração do que decidido anteriormente; (iii) as decisões são também justificadas com argumentos de natureza política, com viés consequencialista (o que é melhor para sociedade), sem a devida preocupação com a deontologia das normas jurídicas (uma coerência normativa-constitucional); (iv) aplicação dos princípios como conceitos naturalizados, na forma de *knock-down argument*⁵², bloqueando um debate racional e público das razões decisórias, que leve a sério o direito ao contraditório em seus amplos aspectos (informar, reagir, influenciar e não-surpresa).

Certamente uma tentativa simplória de solucionar tal problemática seria defender a

⁵² Termo utilizado pelo Professor português Jorge Reis Novais, para explicar a falta de construção argumentativa do significado concreto do princípio constitucional nas decisões judiciais: “...*enquanto que no plano dos Direitos fundamentais supostamente em conflito ou colisão, a respectiva invocação tem de ser acompanhada e apoiada em argumentação racional, no sentido de justificar a prevalência de um valor (um direito fundamental) sobre o outro, no caso da invocação da dignidade da pessoa humana. Frequentemente esse esforço é tido como dispensável. Partindo-se, na lógica do referido knock-down argument, do pressuposto do carácter absoluto da dignidade da pessoa humana e do seu sentido normativo pretensamente evidente, não haveria aí o quê ou como ponderar, avaliar ou argumentar: se é a dignidade humana que está em causa, tudo o mais cede e deve ceder, sem discussão*” (Novais, 2015, p. 124).

imutabilidade das decisões judiciais. Ocorre, todavia, que é preciso considerar que estamos diante de normas-princípios, expressas em significado linguísticos abertos e gerais, sem estabelecimentos de detalhamentos e consequências de sua violação. Além disso, apenas repetir cegamente o que decidido no passado geraria o grave inconveniente do Direito não acompanhar as mudanças sociais e ainda impedir que decisões incorretas juridicamente sejam aperfeiçoadas, tendo em vista o pressuposto que a pretensão de uma decisão correta é também um fator de legitimação do direito.

Nesse cenário, algumas indagações se apresentam, tais como: as modificações judiciais de entendimentos a partir da interpretação de uma mesma norma-princípio já é razão suficiente para concluir que tais decisões como violadoras da segurança jurídica? Além disso, como estamos analisando a segurança na perspectiva do direito contemporâneo, marcado por normas-princípios, a busca pela segurança jurídica será uma tarefa inglória, ou seja, será uma ilusão? Caso negativo, como é possível assegurá-la no contexto desse direito principiológico?

Trata-se de indagações importantíssimas, tendo em vista que, conforme analisado no primeiro tópico desse capítulo, o judiciário assumiu papel de proeminência na resolução de demandas envolvendo os mais diversos aspectos sociais, morais e políticos, com vistas à proteção dos direitos fundamentais. Há certamente razões para criticar a atividade judicial, especialmente quanto ao tema da segurança jurídica. Contudo, há também razões equivocadas ou injustas de se fazê-la. Desse modo, para dar conta de tal tarefa, necessário iniciar pela apresentação das bases teóricas da segurança jurídica (objeto do próximo capítulo), visando um posterior debate sobre como deve ser compreendida no contexto do direito contemporâneo.

- CAPÍTULO II -

3 TEORIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Conforme casos judiciais apresentados no primeiro capítulo, ocorreram frequentes mudanças de entendimentos no Supremo Tribunal Federal em curto espaço de tempo. Os grupos de decisões discutidos mostraram que o mesmo princípio constitucional foi utilizado com diferentes significados em cada decisão, sem qualquer modificação do texto normativo utilizado como fundamento decisório. Tal situação sugere, à primeira vista, um estado de imprevisibilidade das normas constitucionais, contribuindo para a sensação de insegurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira. Todavia, não podemos finalizar tal raciocínio sem antes ampliar o estudo sobre a teoria da segurança jurídica, examinando de forma mais detida como a tradição doutrinária compreende tal fenômeno jurídico.

Por isso, no presente capítulo será exposto como o conceito de segurança foi construído ao longo dos tempos, qual a sua natureza jurídica e quais os elementos centrais que estruturam seu significado. Adverte-se que não se pretende apresentar uma completa teoria da segurança jurídica, mas apenas trazer aquilo que é essencial para os objetivos da pesquisa, relacionadas ao âmbito da aplicação judicial do direito. Dessa maneira, a finalidade do capítulo é construir uma base teórica sobre o que é a segurança jurídica, para depois avançar o estudo sobre expoentes correntes teóricas do direito e como a segurança pode ser (re)compreendida no direito contemporâneo.

3.1 A construção do princípio da segurança no direito

A segurança jurídica é desses temas do direito de grande complexidade na definição de um marco preciso de seu surgimento. Isso porque, seu estudo histórico engloba aspectos de ordem psíquica, social e econômica, que moldaram a construção do seu sentido - ainda em desenvolvimento - ao longo dos tempos. Um primeiro aspecto dessa interdisciplinaridade do conceito pode ser observado pela vertente psicológica da experiência humana, que inicia desde o nascimento, com a busca de aconchego e proteção dos genitores e continua na fase adulta do indivíduo, no qual essa segurança é projetada em símbolos de ordem ou de autoridade. Esse

ingrediente antropológico da segurança é apresentado por Célio Waldraff, com base no pensamento Jerome Frank exposto na obra *Law and Modern Mind*:

O grande trauma do parto e do nascimento decorre da passagem violenta pela criança de um ambiente de conforto, calor, aconchego e sem necessidades — ou seja, de absoluta convicção de segurança — para outro em que súbita e traumáticamente surgem toda sorte de necessidades. Este trauma é lentamente recalçado, quando a criança se dá conta que lhe provém alimento, calor, aconchego, cercanda-a novamente de segurança. O processo de conscientização, todavia, esclarece à criança que esta segurança é de corrente de uma ordem, que é assegurada pelos pais. Primeiramente pela mãe, como grande supridora de alimento e de calor e, em seguida e principalmente pelo pai, como detentor de poder físico, em um processo forte de transferência, pelo qual as figuras paternas são as responsáveis tanto pelo suprimento e repressão do complexo necessidade/desejo. Também neste quadro a segurança absoluta é encarada como possível, até que, com o passar do tempo e o crescimento, o choque das experiências novas destoe este idílio. O processo de neurotizarão pela transferência em busca de segurança já se inculcou e é projetado em todos os símbolos de estabilidade e autoridade (Waldraff, 2016, p. 65-66).

Com o processo de agrupamento dos indivíduos (sociabilidade) e diante dos riscos inerentes a essa vida coletiva, a segurança adquire novos contornos. Nas primeiras civilizações, visando garantir um mínimo de estabilidade nas relações sociais, os indivíduos, em troca da proteção (segurança), passam a se submeter às vontades, ordens e imposições dadas pelo patriarca, tirano ou rei, que detinham a coação física como elemento central de imposição de legitimidade de suas ordens e de estabilização das relações sociais. Contudo, a partir da consagração do pensamento contratualista⁵³, que justificou a sociabilidade humana a partir das interpretações relacionadas às exigências de superação do “estado de natureza” e da formação do “pacto social”, a segurança jurídica passa a ser vista como condição para a ordem social.

⁵³ Registre-se que, conforme aponta Luño Perez (2000, p. 25-27), um primeiro registro histórico dessa dimensão jurídica é encontrado na formação do Direito romano, em especial, na chamada Lei das Doze Tabuas⁵³, que constituiu em uma reivindicação da classe social dos plebeus, que buscavam romper com o monopólio do conhecimento do Direito, cujas leis eram guardadas em segredo e aplicada pelos pontífices e por outros representantes da classe dos patrícios severidade e arbitrariedade contra os plebeus. Assim, com o conhecimento das leis por meio da publicidade da Lei das Doze Tábuas, os plebeus buscavam garantir uma maior igualdade e segurança jurídica na aplicação do direito. Outrossim, a Carta Magna de 1215 também constitui marco histórico da formação da segurança jurídica, na medida em que foi uma “*lucha por la seguridad jurídica con el propósito de obligar al poder a reconocerse sujeto a ciertas restricciones en la dirección de los asuntos públicos.*” (Perez, 2000, p. 26). Com efeito, estava a Inglaterra em plena Idade Média e vigorava o regime feudal, assumindo o trono o Rei Joao Sem Terra após a morte de seu irmão Ricardo Coração de Leão, o qual, após diversos revezes em expedições militares e altos custos gerados aos ingleses, especialmente, pelas altas cobranças de tributos em face dos senhores feudais. Assim, tais nobres impuseram ao rei assina tal documento, que buscava restringir o arbítrio das ordens jurídicas do rei.

Autores como Hobbes, Locke e Rousseau, independentemente das distintas concepções, realizam o contraste entre estado de natureza e sociedade civil, a qual busca garantir a certeza e segurança nas relações humanas como uma questão essencial a toda e qualquer forma de convivência, legitimando a formação do Estado como instituição capaz de evitar “guerra de todos contra todos”⁵⁴. Nesse sentido, expõe Célio Waldraff:

Independente das concepções distintas, os exemplos HOBBS, LOCKE e ROSSEAU, o certo é que a formação da sociedade civil está colocada em contraste com o estado de natureza e a ideia de sociedade está intimamente ligada à de certeza e segurança. O estado de natureza é por definição aquele em que os homens se encontravam antes da constituição da sociedade civil. Nesta situação foi transformada em quase prosaica a afirmação de HOBBS: *homo hominis lupus* (o homem é o lobo do homem) e a *bello omnius* (a guerra de todos contra todos, ou seja, mal por excelência no “estado de natureza”, que confronta com a convicção oposta de ROSSEAU, de que neste “estado de natureza” o homem é bom por excelência e vive em uma espécie de idílio naturalista. A visão de LOCKE é como que intermediária (Waldraff, 2016. p. 67).

Nesse mesmo sentido, Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 52) demonstra que a segurança para as relações humanas é o principal objetivo do contrato social, justificando a organização da sociedade e da política por meio dos Estados. Desse modo, a segurança jurídica é alçada como pressuposto para existência dos Estados, que passa a ser regulador da vida em sociedade, pois, o oposto, seria o inevitável caos, diante das buscas individuais pela satisfação de seus próprios interesses por cada indivíduo.

Na sequência, corroborados pelos ideais iluministas, que defendiam a necessidade de estabelecer limites ao poder real, com a superação do absolutismo e estabelecimento de liberdades individuais, ocorreu a formação de uma nova ordem política-jurídica nos Estados revolucionários⁵⁵, na qual a estabilidade das relações na esfera indivíduo-Estado ou indivíduo-indivíduo é creditada ao direito, que se apresenta como garantia contra as surpresas e arbítrios

⁵⁴ "*Bellum omnia omnes*" ou *Bellum omnium contra omnes* é a tradução para o latim da expressão "A guerra de todos contra todos" de Thomas Hobbes.

⁵⁵ Em que pese a Carta Magna de 1215 já tenha estabelecido garantia do direito de propriedade e do devido processo legal, é na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa, ela ganha status de direito fundamental, conforme artigo 2º: "*Les droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*". Posteriormente, na Constituição Francesa de 1793 prevê em seu preâmbulo uma definição ainda mais precisa da segurança jurídica: "*La seguridad consiste en la protección concedida por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades.*" (em tradução livre: *a segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus Direitos e de sua propriedade*).

das decisões políticas. Esse movimento marca o surgimento do Estado moderno, que fixou a segurança jurídica como elemento inerente ao direito:

Hobbes, Pufendorf, Locke, Kant, así como la gran mayoría de contractualistas, concebirán el tránsito desde el estado de naturaleza a las sociedades como superación del *ius incertum* y su conversión en estado de seguridad. Tras el pacto social los sujetos contratantes sabrán a qué atenerse, les será posible calcular las consecuencias de sus actos y prever los beneficios del ejercicio de sus derechos, ahora tutelados. Incluso Rousseau, pese a su nostalgia por la simplicidad e inocencia del estado natural, reconoce que la mudanza de la libertad natural en libertad civil, regulada por la voluntad general, supone la transformación del individuo de animal estúpido y limitado a ser inteligente y humano. Rousseau que había responsabilizado a las leyes positivas de haber destruido la libertad natural, termina por reconocerles su función de garantía de la justicia y la libertad en la convivencia social (Luño, 2000, p. 27).

De fato, com a modernidade, o Estado é legitimado pela crença quanto à capacidade de geração de bem comum, inserindo-se um discurso internalizado de ordem social garantida pela segurança jurídica⁵⁶. Nesse sentido, Perez Luño aponta que essa busca pela segurança foi projetada no Estado de Direito, transformando-se em um dos principais motores da história jurídica:

La seguridad constituye un deseo arraigado en la vida anímica de hombre, que siente terrorante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido la exigencia de seguridad de orientación es, por eso, una de las necesidades humanas básicas que el Derecho trata de satisfacer a través de la dimensión jurídica de la seguridad. Si se parte de que las necesidades radicales humanas constituye el soporte antropológico de todo valor, no entraña dificultad llegar a inferir que la lucha por la satisfacción de la necesidad de seguridad haya sido uno de los principales motores de la historia jurídica (Luño, 2000, p. 25 e 26).

Dessa forma, percebe-se uma estreita ligação entre segurança jurídica e o Estado de Direito, uma vez que se coloca como um instrumento de organização racional e de legitimidade

⁵⁶ Sobre esse aspecto psíquico de sujeição dos indivíduos pelo mecanismo da ordem jurídica, Fayga Bede esclarece: “os mecanismos de sujeição parecem ser tão eficazes porque se utilizam de um veículo interno para se disseminarem no psiquismo do assujeitado. Explicamos: se, por hipótese, o discurso do Outro é exercido no sentido de uma violência, sua voz tende a reverberar não somente fora, mas também dentro de nós, como um discurso internalizado, que desautoriza e desconstrói o ego, tornando mais difícil realizar um processo de individuação emancipatório e relativamente saudável do ponto de vista psíquico. O que, em outras palavras, pode significar um ambiente e propício à perpetuidade das sujeições ditas “voluntárias” (Bede, 2009, p. 3350).

do Estado⁵⁷, que, por meio do direito, visa garantir a estabilidade das relações sociais e - ao mesmo tempo - impor limites às intervenções arbitrárias nas liberdades individuais por parte do Estado. O sujeito moderno adota o texto normativo, escrito por homens que são complexos psiquicamente por natureza, como uma nova forma de garantir o sentido da existência e de lhe garantir certezas. E essa certeza é dada pelo estabelecimento de normas jurídicas, que mobilizado pelo positivismo cientificista, repousa da ideia de que é possível fixar um sentido único para as normas jurídicas e reduzir a complexidade das decisões judiciais:

As grandes codificações derivam desse afã, que impele o sujeito da modernidade em busca de certezas; senão de uma certeza transcendente, ao menos de uma certeza terrena, laica, secular: a certeza jurídica. A certeza sobre o Direito que há de reger sua vida em sociedade. Assim, o positivismo cientificista que mobilizou as ciências sociais, também vai impregnar o imaginário dos juristas, mediante a ideia de um direito positivado, escrito, passível de maior controle e fixação de sentido. (Bedê, 2009, p. 3358).

Aprofundando sobre as razões para a crença na racionalidade da ordem jurídica como fator gerador de ordem social, que se mantém independente de razões subjetivas de cada um dos indivíduos, Weber apresenta as tipologias da dominação. Para Weber (1999, p. 139), dominação é a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinados grupos de pessoas. Isto é, quais as razões que justificam a obediência, levando os homens ao cumprimento das ordens. E essa dominação, conforme classifica, podem ser de três ordens (Weber, 1999, p. 141): (i) fundamento racional, *“baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”*; (ii) fundamento tradicional, *“baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade”*; (iii) fundamento carismático: *“baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas.”*

Na forma de dominação racional ou legal, a obediência decorre da crença da racionalidade da ordem jurídica previamente estabelecida de forma abstrata e impessoal, que exerce por meio de um quadro administrativo burocrático, composto por funcionários com

⁵⁷ Numa perspectiva da filosofia psicológica, Pierre Boudier (1996), a partir das contribuições de Max Weber acerca da monopolização dos meios de administração pelo Estado moderno (em especial os meios fiscais e as forças de segurança)⁵⁷, traz o conceito de capital simbólico do Estado, demonstrando que o Estado reivindicou ao longo da história, com sucesso, o uso legítimo da força física e da força simbólica, sendo esta última estruturada em elementos específicos de subjetividades sob a forma de estruturas mentais, que ensinaram esquemas de percepção e de pensamento dos indivíduos,

qualificação específica e hierarquicamente estruturados. Na tradicional, pela crença ou devoção aos hábitos costumeiros presentes na sociedade (um direito pré-existente), liderados por um quadro administrativo patriarcal, com pessoal recrutado por laços tradicionais e competências dadas discricionariamente por um superior. Já no carismático, pela confiança na virtude pessoal do líder, considerado extraordinário e dotado de poderes excepcionais, com quadro administrativo selecionado por qualificações pessoais. Consequentemente, cada um desses tipos de dominação gera uma associação ao processo decisório de aplicação do direito pelos respectivos quadros administrativos. Na tradicional, a tomada de decisão se torna empírica e é justificada com base nas tradições tidas por imutáveis. Na carismática, a tomada de decisão é baseada nos critérios pessoais do líder, amplamente discricionária e tomada caso-a-caso ou instantâneas. Já no tipo racional ou legal, as decisões são justificadas pela existência de regras formais previamente definidas.

E esse tipo de dominação pelo fundamento racional⁵⁸ é que, conforme Weber, sustenta a dominação de nosso tempo, pois a crença na legalidade possibilita a submissão dos dominados, caracterizado por um direito positivado e quadro administrativo burocrático. Além disso, é o procedimento formal, realizado pelo quadro burocrático, que vai permitir a identificação do que é ou não legal, cujos critérios de decisão são dados de forma interna pelo próprio direito, por meio de procedimentos estabelecidos por regras formais:

Assim como o Direito formalmente racional é necessário para que seja criada uma situação na qual a dominação possa ser racionalmente legitimada, outras formas de legitimação desencorajam o surgimento do Direito racional. O tradicionalismo coloca sérios obstáculos no caminho da regulação formalmente racional [...]. Nas sociedades tradicionais, de acordo com Weber, não há como existir um Direito específico, intencionalmente promulgado (legislação), pois um procedimento como esse seria inconsistente com a reivindicação do governante à legitimidade. As ordens devem ser obedecidas apenas se puderem ser relacionadas a princípios eternos, imutáveis. Mais do que isso, o governante tradicional deve basear qualquer regulação da economia em “valores utilitários, absolutos ou de bem-estar social”. Isto é verdadeiro porque, embora sua legitimidade seja baseada na aderência a princípios tradicionais, para que a dominação seja bem sucedida, o governante também deve manter o bem-estar econômico de seus cidadãos. Uma situação como esta, concluiu Weber, “destrói o tipo de racionalidade *formal* originada a partir de uma ordem jurídica técnica”. A autoridade carismática também desencoraja o surgimento do Direito racional moderno; Weber observou que a autoridade burocrática (ou jurídica) “é especificamente racional no sentido de estar ligada a regras intelectualmente analisáveis, enquanto a autoridade

⁵⁸ Inclusive, é com base no pensamento weberiano, no qual há absorção da legitimidade pela legalidade, que Hans Kelsen formula seu pensamento teórico do Direito, conforme apresenta na obra Teoria Pura do Direito.

carismática é especificamente irracional no sentido de ser estranha a todas as regras (Trubek, 2007, p. 163).

Razão disso, a dominação legal e o modelo burocrático de administração restringem as ações pessoalizadas e arbitrárias de grupos dominantes, tornando as regras que regem a vida econômica facilmente identificadas e determinadas. Para Weber, foi a calculabilidade que possibilitou o desenvolvimento do modelo econômico capitalista, diante da sua capacidade de desenvolver provisões relacionadas à liberdade dos contratos, extremamente necessárias à expansão do comércio, sendo um fator essencial para a legitimidade da dominação, firmando as bases de sustentação das sociedades modernas e da própria formação do Estado de Direito. Nesse sentido:

Na medida em que participaram na formação dos traços especificamente modernos do atual Direito ocidental, atuaram, de modo geral, no seguinte sentido: para os interessados no mercado de bens, a racionalização e a sistematização do Direito significaram, em termos gerais e com a reserva de uma limitação posterior, a **calculabilidade crescente do funcionamento da justiça** - uma das condições prévias mais importantes para empresas econômicas permanentes, especialmente aquelas de tipo capitalista, que precisam da "segurança de tráfico" jurídica. (...) O capitalismo industrial precisa poder contar com a continuidade, **segurança e objetividade do funcionamento da ordem jurídica, com o caráter racional, em princípio calculável, da jurisdição e da administração** (Weber, 2004, p. 144 e 310, grifou-se).

Portanto, a construção histórica do significado da segurança jurídica envolveu fatores diversos: aspecto psíquico dos indivíduos, condição de existência e de vida em sociedade; condição para a paz social entre os indivíduos; condição para o desenvolvimento econômico do modelo capitalista de mercado; além de servir como fator de formação e de legitimidade do Estado moderno, por meio das normas jurídicas (direito).

3.2 Natureza da segurança jurídica

Há três principais abordagens doutrinárias interdependentes (conectadas) que buscam definir qual a essência (natureza) da segurança jurídica: segurança como um elemento de definição do direito; como um valor ético do direito; e como uma norma jurídica do direito. O primeiro aspecto, de maior relevância, remete à condição estrutural de qualquer ordenamento

jurídico, pois o direito surge justamente para regulamentar as relações da vida em sociedade, de tal modo que as pessoas possam se portar conforme as normas previamente estabelecidas e, caso haja violação, terem conhecimento das consequências que advirão de seus atos praticados.

Conforme visto, o surgimento do Estado moderno, embasado na filosofia contratualista e iluminista, é justamente permitir a controle dos conflitos sociais, mediante o estabelecimento de regras que se aplicam aos governados e governantes, que passam a atuar segundo as limitações previamente estabelecidas pelo direito. Assim, é indubitável a íntima ligação entre o direito e a segurança jurídica. Essa conexão é destacada por vários autores, conforme destaca Humberto Ávila (2019, p. 107). Por exemplo, Radbruch afirma que a segurança compõe o núcleo do direito, sem o qual ele não caracteriza⁵⁹. Por sua vez, Bobbio destaca segurança jurídica, além de ser uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, é também um elemento intrínseco do direito, visando afastar o arbítrio e garantir a igualdade, não se podendo pensar em um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança⁶⁰. Fuller, assevera que sem segurança jurídica simplesmente não se pode falar em direito, enumerando vários elementos que fazem parte daquilo que ele denomina de moralidade do direito⁶¹. Rawls, também descreve o direito como uma estrutura capaz de possibilitar a cooperação social, por meio do asseguramento de expectativas recíprocas⁶². Hart, a seu modo, também defende a certeza a respeito das regras primárias e secundárias bem como da regra de reconhecimento, como um elemento definitório do direito, capaz de defini-lo em contraposição a outros sistemas⁶³.

Uma excelente explicação para tal relação conceitual entre segurança jurídica e direito é exposta por Ricardo Manrique:

Cuando el poder político se ejerce mediante normas preestablecidas y conocidas por sus destinatarios, los individuos sujetos a dicho poder tienen la capacidad de predecir su ejercicio y, por lo tanto, de actuar en consecuencia; es decir, saben a qué atenerse con respecto a los agentes del poder político. Esta predicción es posai-lhe cuando las normas jurídicas son, en alguna

⁵⁹ Vide Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2003 (1932), p. 73.

⁶⁰ Norberto Bobbio, "La certezza del Diritto é uo mito?", *Rivista Internazionale di Filosofia dei Diritto* 28, pp. 150-151, 1951.

⁶¹ Lon Fuller, *Anatomy of Law*, Connecticut, Greenwood, 1968, p. 73.

⁶² John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap, 1971, p. 235-310.

⁶³ H. L. Hart, *The Concept of Law*. Oxford, Clarendon, 1991 (1961), p. 90 e ss.

medida, públicas, generales, claras, estables, de cumplimiento posible, irretroactivas y no contradictorias, y cuando los encargados de su aplicación (jueces y demás funcionarios) lo hacen de manera consistente y regular¹. Por tanto, esta predicción es posible en alguna medida siempre que existe un sistema jurídico, puesto que un sistema jurídico siempre posee estas cualidades en alguna medida (en efecto, si no las poseyera en absoluto, su eficacia sería nula y, por lo tanto, no existiría o, en otros términos, no sería un sistema jurídico sino otra cosa) (Manrique, 2003, p. 477).

Na doutrina nacional, Celso Antônio Bandeira Mello afirma que a segurança jurídica está presente no próprio conceito de Estado Democrático de Direito, fazendo parte do sistema constitucional como um todo. (Melo, 2000, p. 112). No mesmo sentido, Roque Carrazza afirma que o princípio da segurança *“hospeda-se nas dobras do Estado Democrático de Direito, consagrado já no art.1º da Constituição Federal, e visa proteger e preservar as justas expectativas das pessoas.”* (Carraza, 2008, p. 41). Na mesma linha, fazendo referência à certeza do direito, Paulo Carvalho reconhece que a *“certeza do Direito é algo que se situa na própria raiz do dever-ser, é ínsita ao deontico, sendo incompatível imaginá-lo sem determinação específica”*⁶⁴. Por fim, sacramenta Humberto Theodoro Júnior que sem a segurança jurídica, *“em vez de ordem passa a viger o caos; e o Estado que abre mão da segurança em sua organização não pode, por conseguinte, ser qualificado como um Estado de Direito. Será, isto sim, um Estado caótico, desorganizado, [...] um Estado que perde a confiança de seus cidadãos”* (Theodoro Júnior, 2006, p. 89). Por fim, Jorge Amaury Nunes é contundente em afirmar a segurança jurídica como fundamento universal do direito:

Assim, e em arremate ao ponto, é possível afirmar, sem receio, que o princípio da segurança jurídica tem validade universal e pode ser examinado em qualquer ordenamento jurídico. Não importa a que escola esteja vinculado o pesquisador (formalista, idealista, realista etc.), sempre a segurança jurídica informará o Direito como princípio, como razão fundante. O que pode variar é a extensão e a densificação que se possa dar ao princípio (Nunes, 2010, p. 87).

Portanto, resta evidente a importância da segurança para o ordenamento jurídico de um Estado, estabelecendo uma conexão direta com o próprio conceito de direito, pois se o direito visa assegurar um ideal de expectativas aos cidadãos, evitando-se que seja surpreendido com consequências jurídicas arbitrárias, isso somente será possível com a observância da segurança jurídica. Em outras palavras, a segurança jurídica inspira qualquer ordenamento em seu conjunto, pois o sistema jurídico busca exatamente garantir um mínimo de certeza e de

⁶⁴ Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 165.

ausência de arbitrariedade, visando, portanto, uma função asseguradora. Razão disso, o direito é ligado à segurança jurídica de modo essencial e conceitual:

Como o mundo social apresenta complexidade (existem sempre mais possibilidades de ação que aquelas que podem ser efetivamente adotadas) e contingência (a experiência pode não coincidir com as expectativas), o cidadão precisa, de um lado, escolher e, de outro, assumir riscos de se frustrar, funcionando o Direito, precisamente, como um instrumento redutor da complexidade e da contingência por meio da garantia de expectativas comuns a todos os cidadãos, (Ávila, 2019, p. 127)

De fato, se o Estado de Direito é a proteção do indivíduo contra arbitrariedades, impondo limites ao poder estatal, somente com um ordenamento compreensível, confiável e previsível, haverá verdadeiro Estado de Direito. Inclusive, os direitos fundamentais não somente serão minimamente efetivos se o cidadão não souber previamente dentro de que limites poderá exercer sua liberdade e exigir proteção em caso de restrições injustificadas. (Ávila, 2019, p. 225). Assim, a segurança jurídica fundamenta o próprio Estado Democrático de Direito, pois permite a aspiração de estabilidade buscada pela sociedade, por meio de uma ordem jurídica que assegure um mínimo de previsibilidade nas suas relações jurídicas. Nesse sentido, discorre Lígia Maria Melo sobre essa umbilical ligação entre segurança jurídica e Estado de Direito:

Apresenta-se como um princípio geral do Direito, refletindo em todas as áreas que o Direito baliza, traduzindo o mínimo de certeza positivada em um ordenamento. É impossível ao homem conviver com o semelhante à sombra de todas as dúvidas e incertezas que permeiam sua existência. Ao menos naquilo que advém do sistema, da ordem jurídica instituída, que tenha, ele, a possibilidade do mínimo de previsibilidade (Melo, 2006. p. 133).

Para além dessa natureza (como um elemento do conceito de direito⁶⁵), a segurança jurídica também pode ser compreendida como um valor ético do direito, atuando como a busca por uma situação desejável, seja por razões de ordem social, econômica ou cultural. Nesse aspecto, a segurança denota uma dimensão axiológica⁶⁶, que impõe uma percepção dos valores bons e desejáveis em uma determinada sociedade:

⁶⁵ Conforme Ávila (2019, p. 107): “*Sob esse viés, ela é definida como uma ideia ‘supraordenadora’ ou como um ‘sobreconceito’.* Note-se que, nesse aspecto, a segurança jurídica é um elemento da metalinguagem doutrinária, e não uma norma sobre a qual ela verte.”

⁶⁶ Sob esse aspecto, destaque-se o disposto no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que prevê a segurança como um valor supremo da sociedade brasileira: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a **segurança**, o bem-estar, o desenvolvimento, a

Desse modo, o uso da expressão "segurança jurídica" denota um juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores. A frase "um ordenamento previsível é muito melhor para o desenvolvimento econômico que um imprevisível" denota que a segurança jurídica é um valor substancial da vida humana (Ávila, 2019, p. 109).

Segurança jurídica, nesse aspecto, pode compreender um ideal de justiça do direito, afastando a dicotomia entre tais elementos (segurança e justiça), pois um direito incerto será, também, um direito injusto, pois ensejaria tratamentos jurídicos distintos para pessoas que praticassem idênticas condutas, conforme magistério de Jose Afonso da Silva: "*certo é que um Direito inseguro é, por regra, também um Direito injusto, porque não lhe é dado assegurar o princípio da igualdade*" (Silva, 2009, p. 16). Além disso, caso a segurança jurídica seja desacompanhada da justiça, o direito pode se tornar legitimador de qualquer poder, inclusive, de um poder ilegítimo, ditatorial e arbitrário. Nesse sentido, Baumann expõe: "*não pode existir uma ordem socialmente correta e moralmente reprovável; uma comunidade que, para sua convivência haja fixada normas com cominações penais contrárias à lei moral, não é uma comunidade jurídica, mas uma quadrilha de ladrões*" (Baumann, 1981, p. 3). Por sua vez, Elías Díaz descreve a segurança como um valor ético da própria justiça:

Tener seguridad jurídica no es sólo saber que existe un sistema legal vigente, por injusto que sea, no es sólo saber a qué atenerse, no es sólo saber lo que está prohibido y permitido por un ordenamiento jurídico. Tener seguridad jurídica es eso, que es sumamente importante, pero es también mucho más: es la exigencia de que la legalidad realice una cierta legitimidad, es decir, un sistema de valores considerados como imprescindibles en el nivel ético social alcanzado por el hombre y considerado por él como conquista histórica irreversible: la seguridad no sólo es un hecho, es también, sobre todo, un valor (...) habrá, en este sentido, seguridad si no existe, al propio tiempo, un suficiente respeto a las exigencias de la libertad y de la igualdad" (Díaz, 1980, p. 45-46).

De fato, a segurança jurídica nessa perspectiva tem como grande mote dar legitimidade ao exercício do poder jurídico pelo Estado, pois impõe uma exigência de

igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO Brasil. (Brasil, CF, 1988).

vinculação e respeito aos direitos fundamentais, sob pena de justificar iniquidades sob o manto do argumento de estar apenas seguindo o que determina a segurança jurídica:

Com efeito, se a segurança jurídica for concebida, no aspecto material, como mera exigência de previsibilidade do Direito e, no aspecto justificativo, como possuindo valor em si, o máximo que ela pode fazer é, como lembra Arcos Ramírez, tornar a injustiça previsível. Daí a constatação de que a concepção de segurança jurídica, além de envolver todas as suas dimensões, deve ser materialmente vinculada a direitos fundamentais. Do contrário, como refere Peczenik, estar-se-ia aceitando que, no governo nazista, os judeus teriam grande segurança jurídica, porque poderiam prever, com absoluta certeza, que seriam discriminados (Ávila, 2019, p. 656).

Por fim, a segurança também é expressa como uma norma jurídica, uma vez que denota um *“juízo prescritivo a respeito daquilo que deve ser buscado de acordo com o ordenamento jurídico”* (Ávila, 2019 p. 110). Isto é, um comando para adoção de comportamentos que visem incrementar a capacidade de previsibilidade dos efeitos jurídicos futuros das condutas humanas. Nesse contexto, referido Autor a classifica como uma norma-princípio, tendo em vista *que “estabelecem um estado ideal de coisas para cuja realização é necessária adoção de comportamentos que provocam efeitos que contribuem para a sua promoção”* (Ávila, 2019, p. 111). De fato, a sua realização dependerá da reconstrução de sentidos normativos por meio da argumentação, com vista a aumentar o grau de previsibilidade das consequências jurídicas de determinados comportamentos dos cidadãos, inserindo, assim, no padrão normativo de princípios, que fundamentalmente distingue-se do padrão regras pela sua natureza interpretativa-justificativa, conforme expõe Rafael Oliveira:

[...] a referência dworkiniana a essa característica da regra [tudo-ou-nada] **refere-se muito mais ao modo como se dá a justificação argumentativa de uma regra, do que propriamente ao seu modelo de aplicação.** Ou seja, quando se argumenta com uma regra ela é ou não é, e sua “aplicação” não depende de um esforço argumentativo que vá além dela própria. Já num argumento de princípio, é necessário que se mostre como sua “aplicação” mantém uma coerência com o contexto global dos princípios que constituem uma comunidade; c) isso implica, diretamente, a dimensão de peso ou importância à que Dworkin faz referência no seu conceito de princípio. É possível dizer que Dworkin combina peso e importância porque, ao contrário das regras, nenhum princípio deixa de ter importância e pode ser excluído da fundamentação de uma decisão. **Desse modo, a justificação do fundamento da decisão só estará correta, na medida em que respeite o todo coerente dos princípios, num contexto de integridade. Isso implica: os princípios têm, desde sempre, um caráter transcendental, porque, diferentemente das regras, nunca dispensam uma justificação que nos remete à uma totalidade na qual, desde sempre, já estamos inseridos** (Oliveira, 2007, p.

173, grifou-se).

Essa natureza de norma jurídica é ainda confirmada pela sua posituação constitucional no direito brasileiro⁶⁷. Com efeito, no Título II da Constituição brasileira de 1988, referente aos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, *caput*⁶⁸), consta a expressão “segurança” como um direito fundamental de todos (brasileiros e estrangeiros). Ademais, podem ser encontradas no corpo do texto constitucional diversas disposições definidoras de garantias ou limitadoras do poder estatal, associadas à segurança jurídica. Cite-se, nesse sentido, os princípios da legalidade (artigo 5º, inciso II⁶⁹); princípios penais da legalidade, da anterioridade e da irretroatividade da lei penal (art. 5º, inciso XL⁷⁰); a previsão constitucional que garante que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI⁷¹); a irretroatividade e anterioridade tributárias (artigo 150, inciso III⁷²).

Além disso, a segurança jurídica foi positivada em diversos tratados internacionais e ordens jurídicas estrangeiras:

- a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948⁷³;
- b) Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - o Convênio Europeu de Direitos Humanos - de 1950⁷⁴;
- c) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, de 1966⁷⁵;

⁶⁷ Aliás, na medida em que a segurança jurídica é fundamento do próprio Direito, sequer há necessidade de expressa previsão no ordenamento jurídico para que seja respeitada pelas autoridades estatais.

⁶⁸ Art. 5º: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*” (Brasil, CF, 1988, grifou-se).

⁶⁹ Art. 5º, inciso II: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*” (Brasil, 1988).

⁷⁰ “Art. 5º, incisos XXXIX e XL: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*” (Brasil, CF, 1988).

não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;” (Brasil, CF, 1988).

⁷¹ Art. 5º, inciso XXXVI: “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*” (Brasil, CF, 1988).

⁷² Art. 150, inciso III: “*cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;*” (Brasil, CF, 1988).

⁷³ *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10-12-1948, art. 3º: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su personal*”.

⁷⁴ *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 4-11-1950, art. 5º: “*Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté*”.

⁷⁵ *Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos*, 16-12-1966, art. 9º: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”.

- d) Pacto de São José da Costa Rica - Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969⁷⁶;
- e) Constituições de diversos Países, estando de modo direto e explícito, por exemplo, nas vigentes Constituições de Espanha⁷⁷, Bolívia⁷⁸, Chile⁷⁹, Paraguai⁸⁰, Peru⁸¹, Portugal⁸² e Uruguai⁸³,

Dessa forma, tendo em vista as diversas disposições estabelecidas na Constituição brasileira e na ordem jurídica internacional, não há dúvidas quanto à normatividade jurídica da segurança, apresentando-se como um direito fundamental, conforme aponta Novelli:

A segurança é Direito fundamental, enquanto situação subjetiva protegida explicitamente pela Constituição [...] é evidente que a segurança que a Constituição protege não é só a segurança individual. É também, ou é até mesmo em primeiro lugar, a segurança do Direito enquanto pressuposto e fundamento daquela outra. (Novelli, 1983, p. 164)

Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal já confirmou essa natureza de norma-princípio:

Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º da EC 52, de 08.03.06. Aplicação imediata da nova regra sobre coligações partidárias eleitorais, introduzida no texto do Art. 17, § 1º, da CF. Alegação de violação ao princípio da anterioridade da lei eleitoral (CF, art. 16) e às **garantias individuais da segurança jurídica** e do devido processo legal (CF, art. 5º, *caput*, e LIV).

⁷⁶ *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22-11-1969, art. 7º: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales*”.

⁷⁷ Constituição espanhola de 1978, art. 17-1: “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*”.

⁷⁸ Constituição Política do Estado da Bolívia, 1995, art. 7º: “*Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a) A la vida, la salud y la seguridad*”.

⁷⁹ Constituição Política da República do Chile, 1980 (reforma em 2000), art. 19º: “*La Constitución asegura a todas las personas: (...) 7- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual*”

⁸⁰ Constituição da República do Paraguai, 1992, art. 9º: “*Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad*”.

⁸¹ Constituição Política do Peru, 1993, art. 2º “*Toda persona tiene derecho: (...) 24- A la libertad y a la seguridad personales*”.

⁸² Constituição da República portuguesa de 1976, art. 27-1: “*Todos têm direito à liberdade e à segurança*”.

⁸³ Constituição da República Oriental do Uruguai, 1967, art. 7º: “*Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad.*”

Limites materiais à atividade do legislador constituinte reformador. Arts. 60, § 4º, IV, e 5º, § 2º, da CF. [...] 4. Enquanto o art. 150, III, b, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94), o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o Direito de receber, do Estado, **o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas** contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral" (ADI 3.345, rel. Min. Celso de Mello).

5. Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os Direitos individuais da **segurança jurídica** (CF, art. 5º, caput) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) (Brasil, STF, 2006).

Portanto, a segurança jurídica é essencial em uma sociedade definitivamente complexa, garantindo a racionalidade dos sistemas: "*La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. (...) La confianza es racional con respecto a la función de aumentar el potencial de un sistema para la complejidad*" (Luhman, 1996, p. 153). Ainda que as sociedades modernas enfrentem as incertezas da sociedade de risco (incerteza essa que, em determinado sentido, sempre será indicativo de insegurança⁸⁴), é certo afirmar, diante os vários ângulos de abordagem, que a segurança jurídica pode ser definida como um elemento inerente ao conceito do direito, um valor ético e, diante da sua consagração na ordem jurídica de forma expressa ou implícita, é também um princípio jurídico. Dessa forma, pode-se definir que a segurança jurídica é um princípio jurídico imanente e pressuposto ao conceito de direito, permitindo que as pessoas organizem sua vida individual e coletiva em conformidade com a previsibilidade das consequências de suas condutas, que devem ser asseguradas de forma recíproca (de forma igualitária) pela ordem jurídica.

3.3 Elementos estruturantes do princípio da segurança jurídica

Diante da necessidade de aprofundar o conteúdo da segurança jurídica, convém abordar como a doutrina brasileira estrutura seu conceito. A justificativa para essa estruturação, sem embargo de atender uma certa concepção vinculada ao textualismo jurídico⁸⁵, visa ampliar

⁸⁴ Nesse sentido, conferir: PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

⁸⁵ No quarto capítulo será exposto como a visão tradicional de segurança é dependente do textualismo jurídico, no qual a doutrina busca resolver sua operacionalidade por meio de critérios semânticos.

as perspectivas conceituais que apoiem sua aplicação na prática jurídica: “*o estudo da segurança jurídica é enfrentado com acentuado grau de parcialidade e de vagueza [...] desse modo, não proporciona segurança alguma para a sua aplicação. Seu conteúdo é apresentado como óbvio demais para ser esclarecido*” (Ávila, 2019, p. 85-86).

Razão disso, referido Autor estrutura a segurança jurídica em três elementos, denominados de cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. O primeiro elemento refere-se à capacidade do indivíduo de compreender o conteúdo das normas jurídicas, sejam gerais ou individuais. Aqui, conforme aponta Ávila (2019, p. 122-123), podem ser adotado um viés de absoluta determinação ou certeza do direito, que levaria a univocidade de resultado e que somente seria possível se pressupormos que o direito pode ser conhecido antes da sua aplicação; ou de relativa determinação ou certeza, que implicaria em uma progressiva capacidade de compreender os sentidos possíveis do texto normativo, por meio de processo argumentativos intersubjetivamente controlável. Por isso, considerando essa flexibilidade dada, Ávila adota a expressão cognoscibilidade (e não certeza) para significar tal elemento:

Pode-se usar o termo "cognoscibilidade" ou "compreensibilidade", como capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los. Note-se que tal expressão ainda é mais ampla que "determinabilidade", pois permite abranger tantos aspectos materiais relativos à acessibilidade do conteúdo (como publicação e intimação, por exemplo) e à sua abrangência quanto a sua inteligibilidade (como clareza e determinabilidade, por exemplo) (Ávila, 2019, 141).

Dessa forma, a cognoscibilidade garante que o cidadão saiba qual é a norma jurídica é válida e vigente, pela qual deve-se orientar, a fim de saber, minimamente, as consequências abstratas e gerais aplicáveis em caso de descumprimento. É necessário que o indivíduo saiba “*quais são as regras do jogo, as regras da vida jurídica em concreto*” (Dip, 2003, p. 7). Como exemplos que prejudicam essa cognoscibilidade, podemos citar, no campo da aplicação do direito (decisão judicial), o uso retórico de princípios constitucionais nas decisões judiciais, na qual o interprete limita-se a invocar a aplicação de determinado princípio, como se seu significado fosse compartilhado por todos, sem necessidade de qualquer justificativa para seu uso no caso concreto.

O segundo elemento, relaciona segurança jurídica com a restrição às mudanças dos direitos, podendo ser compreendida como imutabilidade das normas (sentido absoluto) ou como exigência de estabilidade na mudança (sentido relativo), possibilitando a proteção de situações

subjetivas já garantidas anteriormente e estabelecendo meios para as alterações, com as regras de transição, de modo que a norma não pode ser arbitrariamente modificada. Tal característica impõe adequar a estabilidade com a evolução do direito, visando adequar às mudanças do mundo real. Para essa característica, Ávila utiliza a expressão confiabilidade: “*palavra mais consistente para denotar esse sentido é, assim, 'confiabilidade', compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis.*” (Ávila, 2019, p. 124).

Dessa forma, a confiabilidade irá exigir, no campo da aplicação do direito, um devido processo legal, no qual o poder judiciário assegure de forma efetiva as garantias processuais na aplicação do direito, como as de imparcialidade do julgador, publicidade dos atos processuais, fundamentação das decisões, respeito ao contraditório, ampla defesa e etc. Com efeito, a observância de tais garantias geram comportamentos públicos leais e sérios, por parte das autoridades públicas, contribuindo para o alcance da segurança jurídica. Esse aspecto procedimental é enfatizado por Ingo Sarlet., Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero, aduzindo a existência de um direito fundamental à segurança jurídica no (e pelo) processo:

Daí que, nada obstante não contemplado expressamente, é evidente a existência de direito fundamental à segurança jurídica no processo em nossa ordem constitucional (*Recht auf vorhersehbares Verfahren*). A segurança jurídica no processo é elemento central na conformação do Direito ao processo justo. O direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança a no processo, mas também segurança pelo processo. Nessa linha, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito: (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral; e (iv) ao precedente judicial (Sarlet *et all*, 2018, p. 895).

O terceiro elemento diz respeito à necessidade dos jurisdicionados prever os efeitos jurídicos de seus atos. Trata-se, portanto, de uma perspectiva de eficácia futura do direito, de tal modo que as pessoas possam prever e antecipar as consequências jurídicas de suas condutas: “*nessa significação, a segurança jurídica garante o direito de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado*” (Ávila, 2019, p. 125). Para referido Autor, diante da impossibilidade de absolutização dessa previsibilidade, utiliza-se o termo “calculabilidade”, o qual assim foi expresso em Weber: “*Mas também para a burocracia moderna, o segundo elemento, as "regras calculáveis", tem importância*

predominante. A peculiaridade da cultura moderna, especialmente a de sua base técnico-econômica, exige precisamente esta "calculabilidade" do resultado" (Weber, 2004, p. 213).

Desse modo, a calculabilidade permite que os cidadãos possam prever, de forma razoável, futuras modificações normativas, não sendo surpreendido de forma abrupta por novas normas jurídicas. Nesse sentido, o cidadão deverá prever “como as mudanças podem ser feitas e quando elas serão realizadas”, a fim de “controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo direito amanhã” (Ávila, 2019, p. 292), de modo a “planejar o seu futuro, ampliando o âmbito de exercício de sua liberdade” (Ávila, 2019, p. 588).

Na mesma linha do raciocínio, José Canotilho estrutura a segurança jurídica nos elementos da confiabilidade ou estabilidade, bem como da previsibilidade ou calculabilidade:

(1) *estabilidade* ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes;

(2) *previsibilidade* ou *eficácia ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos (Canotilho, 2002, p. 264).

Cite-se, ainda, a definição de José Afonso da Silva, que descreve a segurança jurídica como previsibilidade de conhecimento das normas jurídicas:

A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída" (Silva, 2013, p. 436).

Portanto, verifica-se da análise estrutural, que ambos elementos se voltam para conceito central (assegurar ao cidadão as expectativas dadas pelo direito), sendo, desse modo, interdependentes. Com efeito, tanto a confiabilidade, quanto a calculabilidade, exigirão uma inteligibilidade, um conhecimento do direito vigente na ordem jurídica (cognoscibilidade), com vistas a evitar modificação de situação consolidadas, bem como de planejar o seu futuro. De fato, a previsão futura exigirá um conhecimento da norma (cognoscibilidade), bem como

impedimento de sua alteração sem preservação dos direitos conquistados no passado (confiabilidade). Por outro lado, não há como considerar a previsibilidade futura do direito (calculabilidade) se não houve respeito pelo que foi decidido no passado (confiabilidade). Enfim, conforme aponta Humberto Ávila (2019, p. 293), “*só é possível assegurar, no presente, o direito passado ou controlar, no presente, o direito futuro se o cidadão puder conhecer o direito, os seus direitos os instrumentos de sua realização*”.

Contudo, para fins didáticos, é possível estabelecer uma diferenciação, ainda que mínima, com base no momento temporal em que cada elemento se une com mais afinidade ao conceito geral. Nesse cenário, a cognoscibilidade relaciona mais diretamente com o momento presente da norma ou ainda numa perspectiva estática (atemporal), advinda da possibilidade de seu conhecimento pelo destinatário. A característica da confiabilidade, relaciona-se mais diretamente com efeito passado/retroativo, na medida em que se exige a manutenção de direitos já conquistados. Por fim, o elemento previsibilidade ou calculabilidade, relaciona ao momento futuro de atuação da norma, possibilitando que o jurisdicionado possa antever as consequências de sua conduta. Ou seja, a promoção dos estados ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídicas refletem a busca pela consecução de segurança jurídica do presente, do passado e do futuro.

Pontue-se, por fim, que a segurança jurídica se diferencia, enquanto norma jurídica, pela característica de servir de intermediação a uma realidade jurídica, tendo em vista que há necessidade de se verificar a compatibilidade entre a norma-princípio segurança jurídica com outras normas jurídicas advinda da aplicação do direito, conforme expõe Ávila:

O objeto do princípio da segurança jurídica não é por assim dizer, diretamente a configuração da realidade, mas sim a configuração do direito ou de um direito como instrumento para se configurar a realidade. Como será oportunamente examinado, não é por outro motivo que ele é definido, na qualidade de norma, como um "princípio instrumental" e, na qualidade de direito, como uma espécie de "direito-garantia": sua função é servir de instrumento de realização de princípios ou de direitos. Essa distinção, no entanto, não altera o fato de que o princípio da segurança jurídica compõe-se de um estado de coisas cuja realização depende da adoção de meios Jurídicos que causem efeitos que contribuam para essa realização (Ávila, 2019, p. 120).

Assim sendo, a segurança jurídica se materializa, essencialmente, no momento de sua aplicação judicial e não no momento da criação do direito pelo legislativo. De fato, a segurança

jurídica envolve uma análise de conformação da ordem jurídica com um todo,⁸⁶ no sentido de ser uma norma que se sobrepõe e orienta a maneira de aplicação de outras normas, sendo essencial para o sistema jurídico, por lhes garantir coerência. Por isso, é de fundamental importância considerar a perspectiva da aplicação judicial do direito, objeto da presente pesquisa, tendo em vista que é nas decisões judiciais que as normas-princípios adquirem densidade normativa, ou seja, sua abstratividade textual será - de fato - significada.

Portanto, a norma abstrata é tão somente “*uma hipótese de segurança, estando a verdadeira segurança jurídica no âmbito da sua aplicação judicial*” (Souza, 2000, p. 68-69). Por isso, torna-se importante um olhar para a aplicação judicial do direito, especialmente dos princípios constitucionais, pois não será a sua mera positividade constitucional (na qual se inclui o próprio princípio constitucional da segurança jurídica), que estará garantido a previsibilidade do direito. Diante dessa perspectiva, para avançar no estudo da segurança jurídica, será preciso entender, conforme será objeto do próximo capítulo, como as principais correntes teóricas enfrentam o problema da discricionariedade judicial, que afetam diretamente o princípio da segurança jurídica.

⁸⁶ Aproxima-se, nesse sentido, do que Humberto Ávila denomina de princípio jurídico instrumental ou postulado normativo. Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, se qualificam como normas de aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas (Ávila, 2011, p.122).

- CAPÍTULO III -

4 AS TEORIAS JURÍDICAS DO POSITIVISMO, DO REALISMO E DA INTEGRIDADE E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Após apresentados o conceito e a estrutura do princípio da segurança jurídica, impõe-se a verificação se ela ainda tem lugar nas teorias do direito. Para isso, será imprescindível analisar as principais correntes ou concepções teóricas do direito, sobretudo aquelas que possuem maior visibilidade na prática jurídica brasileira. Conforme decisões judiciais analisadas, observou-se - em diversos momentos - argumentos de justificação baseados em uma interpretação semântica e retórica da norma ou ainda de caráter pragmático, pautados pelas consequências da decisão⁸⁷. Assim, necessário, agora, examinar como algumas teorias do direito impactam na adoção de uma postura discricionária do aplicador do direito que, por sua vez, repercute diretamente na garantia da segurança jurídica.

Dadas as limitações do campo de investigação da pesquisa, não há como apresentar as incontáveis teorias jurídicas elaboradas ao longo da história do pensamento jurídico. Até porque, não se pode ignorar que a partir de meados do século XX, as teorias da decisão judicial entram em um processo explosivo de multiplicação. Por isso, serão estudadas as seguintes concepções: o positivismo jurídico, o realismo jurídico e o direito como integridade.

A escolha dessas correntes tem como base as diferentes visões que apresentam sobre a aplicação do direito, sendo, inclusive, objeto de estudo por importantes filósofos do Direito, com destaque para Habermas e Dworkin, quando enfrentam o problema da racionalidade judicial na aplicação do direito. Habermas, na obra “Faticidade e Validade”, aborda justamente essas três teorias quando analisa a “racionalidade da jurisprudência”⁸⁸. Já Dworkin, na obra

⁸⁷ Nesse sentido, confira-se: “*Insisto em que não se mostra possível superar a taxatividade daquele dispositivo constitucional, salvo em situações de cautelaridade, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, com relação ao qual não cabe qualquer tergiversação, pois, como já diziam os jurisconsultos de antanho, in claris cessat interpretativo [...]*”. “*Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau*” (Brasil, STF, 2016).

⁸⁸ Ao abordar sobre a indeterminação do Direito e a racionalidade da jurisprudência, Habermas analisa quatro teorias do Direito: o positivismo jurídico, o realismo jurídico, a hermenêutica jurídica e o Direito como integridade. A teoria que ele denomina de hermenêutica jurídica, caracteriza por ser interpretação que começa pela “*pre-compreensão do juiz marcada pelos topois compartilhados de uma eticidade tradicional*” (2020, p. 260), no qual a “*racionalidade de uma decisão seria em última instância medida pelos ‘standards dos costumes ainda não solidificados em normas’, por uma ‘sabedoria jurisprudencial que antecede a lei’*” (Habermas, 2020, p. 260). Tal teoria, conforme Habermas, entre em descrédito em as em “*sociedades*

“Império do Direito”, analisou essas teorias no contexto das concepções interpretativas do direito, que ele denomina de convencionalismo, pragmatismo e integridade.

Além disso, justifica-se a seleção das referidas teorias do direito, uma vez que são representativas da atividade jurisdicional brasileira e podem contribuir para exame de como a segurança jurídica poderá ser garantida no constitucionalismo contemporâneo. Dessa forma, o presente capítulo visa analisar as principais características das referidas teorias do direito, verificando como elas determinam a aplicação judicial do direito e, conseqüentemente, como repercutem na garantia da segurança jurídica.

4.1 O positivismo jurídico: do legalismo ao normativismo jurídico

Conforme visto, com a formação dos Estados modernos ocorreu uma ligação funcional entre lei e segurança jurídica. A lei passa a ser a materialização da centralização do direito criado pelo Estado, com a função de garantir a segurança jurídica, isto é, a estabilidade das relações jurídicas entre os cidadãos, assim como entre os cidadãos e o Estado. De fato, potencializado pela necessidade de garantir uma atividade capitalista da burguesia emergente, que demandava a estabilidade na interpretação de um direito único, ganha espaço a teoria do juspositivismo, que credita ao Estado a centralização da criação do direito, seja por meio de preceitos legislativos ou pelo reconhecimento dos costumes, rompendo com a possibilidade de um direito natural, não positivado, como fonte de sua aplicação.

Com efeito, o jusnaturalismo, que defendia que o homem era portador de direitos naturais inatos⁸⁹, cuja validade é condicionada por uma ordem superior de justiça, passa a ser

pluralistas, nas quais competem entre si diferentes poderes de crença e constelações de interesses”, pois o “recurso a um éthos dominante, atualizado por meio da interpretação, não fornece um fundamento convincente para a validade das decisões jurídicas.” (Habermas, 2020, p. 260). Assim sendo, considerando que essa teoria apresentada não gera grandes repercussões na prática judicial brasileira, além do que sua análise será contemplada quando do exame crítico à teoria do Direito como integridade, ela não será objeto de exploração específica na presente pesquisa.

⁸⁹ Um dos pensadores, com bastante influência nessa fase, foi o filósofo contratualista John Locke, que defendeu que os homens possuíam um conjunto de Direitos naturais inatos (como por exemplo, a vida, liberdade e propriedade) e que eles não são transferidos para o Estado. Por isso, a lei positiva que contrariasse os Direitos naturais seria inválida e poderia ser desobedecida pelos cidadãos: “*Se o homem no estado de natureza é tão livre, conforme dissemos, se é senhor absoluto da própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito, por que abrirá ele mão dessa liberdade, por que abandonará o seu império e sujeitar-se-á ao domínio e controle de qualquer outro poder? Ao que é óbvio, responder que, embora no estado de natureza tenha tal direito, a fruição do mesmo é muito incerta e está constantemente exposta à invasão de terceiros porque, sendo todos reis tanto quanto ele, [...] a fruição da propriedade que possui nesse estado é*

contestado pelo pensamento filosófico positivista⁹⁰, que opositivamente, sustentava que o conhecimento científico é objetivo, depurado de indagações teleológicas ou metafísicas. Além disso, acusava o jusnaturalismo de não garantir clareza e uniformidade ao Direito, tendo em vista que o seu fundamento (natureza) é metafísico e o seu ideal de justiça é relativo, por não ser aplicado de forma igual em todos os tempos e lugares.

No início, conhecido como primeira fase, o positivismo jurídico foi motivado pelos ideais racionalistas de criação e aplicação do direito efetivado por meio das codificações dos séculos XIX e XX. Ficou conhecido como fase legalista⁹¹, tendo como um dos principais marcos fundantes o Código de Napoleão de 1804, o qual, conforme expõe Bobbio (1995, pp. 63 a 66), representou um acontecimento fundamental, que teve influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno e contemporâneo, baseado em fundamentos filosóficos iluministas em contraposição à tradição histórica, com objeto de simplificação racional da linguagem legal para que o direito tivesse na prática uma unidade universal, previsível e acessível a todos os destinatários.

O cenário era, portanto, de romper com a justificativa do poder natural ou divino, concentrado no rei ou em autoridade religiosas, e iniciar uma vinculação do poder dos governantes pelas leis erigidas pela sociedade através de representantes (parlamento).

muito insegura, muito arriscada” (Locke, 1991, p. 133).

⁹⁰ Conforme expõe Streck (2014, p. 32), “o positivismo como paradigma filosófico e científico teve suas bases assentadas por Augusto Comte (1798-1857), que também cunhou este termo. Para Comte, a realidade, seja natural ou social, deve ser analisada e explicada a partir de suas leis, que seriam as relações abstratas e constantes entre os fenômenos observáveis. Entendia ele que as ciências exatas e naturais já tinham atingido o grau de positividade, servindo de parâmetro para as demais ciências. Assim, denominou Física Social o que posteriormente se tornaria a Sociologia. O filósofo compreendia que a história da humanidade era dividida em três períodos: o teológico, o metafísico e o positivo. No primeiro, existe uma busca pelo absoluto, e as respostas às indagações humanas existenciais repousam em explicações mitológicas, supranaturais. No segundo, tem-se um estágio intermediário, em que se continua a perseguir o absoluto e os fins últimos da vida humana, todavia, já com um direcionamento mais racional, isto é, sem depender necessariamente de fundamentos sobre-humanos. No terceiro e conclusivo, os questionamentos anteriores perdem o sentido. A razão de existir das coisas é substituída pelo modo de sua existência. O objetivo passa a ser descobrir as leis que regem os fenômenos, que eram entendidos apenas como aqueles que poderiam ser observados e mensurados. [...] Apesar de Hans Kelsen ser o principal expoente do positivismo jurídico, ele não desenvolveu uma proposta teórica estritamente nos termos propostos por Comte. Kelsen foi profundamente influenciado pelo modelo científico do Neopositivismo Lógico do Círculo de Viena e tentou aplicá-lo ao Direito como ciência. Este movimento era formado por vários filósofos e cientistas que se reuniam na primeira metade do século XIX para discutir os problemas dos fundamentos do conhecimento científico, sobretudo referentes à linguagem.”

⁹¹ Nesse primeiro momento do positivismo jurídico, podemos destacar como precursores os Autores Hobbes e Hume. Contudo, é com Jeremy Bentham (1748-1832) e Jonh Austin (1790-1859) que ocorre, de fato, o desenvolvimento teórico dessa primeira fase do pensamento jurídico positivista.

Conseqüentemente, toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos Códigos que passam a possuir desse momento em diante a estatura de verdadeiros textos sagrados. Veja, por exemplo, que o Código de Napoleão, que se propunha a ser não apenas a única fonte de direito privado na França, mas também em toda uma Europa unificada por Napoleão, relegava qualquer autonomia interpretativa para os juizes, conforme expressamente estabeleceu seu art. 4º: “*o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de justiça denegada.*”. Nesse sentido, sobre essa importância do Código de Napoleão para o positivismo legalista, Carlos Souza narra:

A história do Código Civil de Napoleão (1804) é bem ilustrativa: Portalis, um dos redatores do Projeto, juntamente com os juristas Tronchet, Maleville e Bigot-Préameneu, apresentou o Código à Assembleia Nacional em 1801. Na exposição de motivos ousou afirmar que o Juiz deveria julgar interpretar, clarificar a letra da Lei; exprimir o que um século depois, François Géný iria empreender claramente com o método da *libre recherche scientifique*, alargando o espírito da Lei. Portalis foi execrado, e a Assembleia eliminou os dispositivos que travam a interpretação da Lei. Na ocasião, Napoleão teria exclamado ‘Meu Código está perdido!’, porque os Juizes pretendiam interpretá-lo; o Código Napoleônico, fruto o racionalismo revolucionário, era o que havia de mais positivista, e influenciou decisivamente em todas as codificações europeias e latino-americanas. Para ele, os Códigos deveriam ser intocáveis (Souza, 1996, p. 35).

Desse modo, impulsionado pela codificação do direito, a teoria juspositivista legalista deposita no juiz a crença de uma atuação neutra e subordinada às leis, apenas revelando o direito positivado pelo Estado:

Antes da formação do Estado Moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. [...] Todavia, com a formação do Estado moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. [...] É subtraída ao juiz a faculdade de obter as normas a aplicar na resolução das controvérsias por normas sociais e se lhe impõe a obrigação de aplicar apenas as normas postas pelo Estado, que se torna, assim, o único criador do Direito (Bobbio, 1995a, p. 28-29).

Nesse cenário, a escola da exegese, oriunda na França, no final do Século XVIII, ganhou importância nessa fase inicial do positivismo jurídico, concebendo o direito como uma

ciência formalista e abstrata, na qual a lei era a sua fonte exclusiva e que nela se encontravam todos os elementos necessários para a solução dos conflitos jurídicos, valendo, desse modo, do método da subsunção para aplicação do direito:

O método exegético, que surgiu sob o signo do modelo napoleônico de Direito, configura uma variedade interessante do método gramatical: para a determinação do sentido unívoco das palavras da lei constrói ele a ficção do espírito do legislador. Substancializa, assim, um ente ideal abstrato, logrando através dessa reificação a possibilidade de que o órgão aplicador objetive suas decisões, seus juízos de valor, apresentando-se como dados de uma vontade objetiva e, portanto, sujeito a verificação” (Warat, 1979, p. 76).

Nessa fase, é reforçada a ideia de que a lei é fonte de predeterminação material na realização no direito e controle do exercício da atividade jurisdicional pelo Estado, pois são as leis que regulam tanto as regras de conduta dos membros da sociedade quanto as regras de produção jurídica. Por isso, Bobbio aponta a existência de posições positivistas ideologias que pregam a teoria da obediência absoluta da lei, que se relaciona diretamente com o método de interpretação mecanicista, relacionado à neutralidade do julgador, que estaria voltado a revelar o direito preexistente nas leis. Aduz que “*o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.*” (Bobbio, 1995, p. 212). Assim, a principal característica desse primeiro momento do positivismo, no que se refere à interpretação do direito, será a análise sintática, a qual propõe que a simples determinação rigorosa da conexão que compõe o texto legislativo seria suficiente para a interpretação do direito. (Streck, 2014, p. 34),

Todavia, esse método sintático-analítico de interpretação dos textos começa a se deteriorar diante da percepção da impossibilidade dos códigos de preverem todas as situações do mundo real. A partir de então, tem-se início a segunda fase do positivismo, denominada de positivismo normativo, tendo como grande expoente Hans Kelsen, com sua notória obra denominada “Teoria Pura do Direito”. Preocupado com o crescimento de correntes antiformalistas, como a Jurisprudência dos Interesses e a Escola do Direito Livre, que favoreciam o uso de argumentos políticos, psicológicos ou ideológicos na interpretação do direito, Kelsen busca fortalecer o positivismo jurídico, sustentando haver uma relação de vinculação entre a norma de um nível superior e a norma de nível inferior do sistema legal. A norma superior regula o ato de criação da norma inferior, podendo estabelecer tanto o procedimento de criação, quanto o conteúdo da norma a ser criada (Kelsen, 2006, p. 32).

Kelsen mantém o positivismo jurídico separado de qualquer justificativa baseada na moral, na religião ou na política. Ele se fundamenta apenas na sua própria normatividade, dotada de caráter imperativo e coercitivo, não exigindo justificção além da própria existência, cuja validade da norma decorre do procedimento adotado para a sua criação, independentemente de um princípio de justiça. Quando a si própria se designa como “pura”, significa que ela propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito, sendo esse o seu princípio metodológico fundamental.

Para garantir tal pureza, Kelsen realiza a separação entre o *ser* e o *dever ser* jurídico. Assim, a veracidade da norma jurídica é indiferente de um conteúdo próprio dado pelo *ser*, pois a ciência jurídica, diferente das ciências naturais, não exige uma relação baseada na causa e seu respectivo efeito (princípio da causalidade ou da conexão causal), mas apenas de uma conexão de imputação produzida por uma norma estabelecida pela autoridade jurídica mediante um ato de vontade. A “*ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto*”. (Kelsen, 2006, p. 100). Pretende, assim, tornar o direito uma ciência autônoma, sendo a validade da ordem jurídica independente do *dever ser*, desenvolvendo, para tanto, a tese da norma fundamental pressuposta (conduzir-nos como a Constituição prescreve), que constitui o fundamento de validade da Constituição e, por conseguinte, das demais normas do sistema jurídico. O excerto a seguir esclarece o que vem a ser a tal norma hipotética fundamental:

Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teórico-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição. A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo desses atos como seu sentido objetivo (Kelsen, 2006, p. 225).

Desse modo, Kelsen desenvolve uma teoria do ordenamento jurídico escalonada de

normas supra-infra-ordenadas umas às outras, cuja validade de uma norma individualizada é analisada a partir da sua conformidade formal com a norma superior que lhe é fundamento de validade, inaugurando a noção de autoprodução do Direito (Gervasoni, 2013, p. 478). No sentido jurídico-positivo, “*fonte do Direito só pode ser o Direito*” (Kelsen, 2006, p. 259). Por conseguinte, a atividade de aplicação do direito é, nesse contexto, um processo de definição ou determinação da norma inferior (podendo ser, por exemplo, a decisão judicial) compatível com as normas superiores nos referidos aspectos (procedimental e de conteúdo). Desse modo, o problema da interpretação jurídica passa a ser resolvido pelas condições lógicas de validade das normas jurídicas.

No entanto, conforme admite Kelsen, essa determinação nem sempre é completa. Poderá ocorrer de forma proposital, quando a norma delega ao aplicador o estabelecimento de consequências ou pode ser não intencional, decorrente das características da própria norma. Por exemplo, quando a norma gerar ambiguidades interpretativas, com sentido linguístico não unívoco, com várias leituras possíveis; quando o intérprete entender que a pretensão linguística das normas diverge da vontade da autoridade que o editou; ou ainda quando duas normas que pretendem ser simultaneamente válidas entram em contradição. Nessas situações, o ato jurídico de implementação da norma (resultado da interpretação) poderá escolher diferentes resultados, como umas das possíveis leituras dada pela norma polissêmica, pela vontade do legislador, pela expressão linguística ou pela escolha de umas das normas em contradição. A norma resultante da interpretação passa a ser simplesmente um ato de escolha do intérprete dessa moldura:

Essa determinação, no entanto, nunca é completa, pois a norma não pode ser vinculativa com relação a todos os detalhes do ato por meio do qual é posta em prática. Deve sempre haver uma margem - algumas vezes maior, algumas vezes menor - de livre arbítrio, de modo que a norma superior, em relação ao ato que a implementa (seja um ato de criação da norma inferior ou de simples implementação), tenha apenas o caráter de uma moldura a ser preenchida por meio desse ato (Kelsen, 1997, p. 33).

Além disso, é válido lembrar que o próprio Kelsen reconhece que o aplicador do direito poderá fazer escolhas fora da moldura das interpretações possíveis descritas pela ciência do direito. Nesse caso, prevalece a interpretação dada pelas autoridades competentes para decidir (responsável pela interpretação autêntica), deixando evidente a possibilidade de um livre arbítrio da autoridade judicial:

A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, **como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa** (Kelsen, 2006, p. 394).

Portanto, em Kelsen, interpretar a lei não significa obter uma solução única (a correta), podendo, assim, haver várias soluções, de modo que o ato decisório é apenas a escolha de uma delas: *“dizer que uma decisão judicial é baseada numa lei apenas significa, na verdade, que a decisão é uma das normas individuais possíveis dentro da moldura da norma geral, e não que aquela seja a única norma individual possível”* (Kelsen, 1997, p. 33).

A necessidade de "interpretação" resulta justamente do fato da norma - ou o sistema de normas - a ser aplicada deixar abertas várias possibilidades, o que equivale dizer que nem a norma nem o sistema de normas fornecem uma decisão sobre qual dos interesses envolvidos é o de maior valor. Em vez disso, essa decisão, essa gradação de interesses, é deixada para um futuro ato criador do direito - a sentença judicial (Kelsen, 1997, p. 37). Assim, a indeterminação passa a ser inerente ao direito, admitindo, por conseguinte, a possibilidade de uma discricionariedade da autoridade competente no momento da aplicação do direito, sendo o ato judicial um ato de vontade para fixar a norma individual⁹², sendo que o *“aplicador da lei é livre para agir de acordo com o seu entendimento”* (Kelsen, 1997 p. 38).

Esse positivismo normativista é, posteriormente, aperfeiçoado pelas contribuições de Herbert Hart⁹³, sendo também considerado um dos jusfilósofos mais originais do positivismo jurídico⁹⁴. Hart prevê um sistema jurídico escalonado em normas primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que estabelecem direitos ou obrigações (dizem respeito às ações que o indivíduo deve ou não fazer). Já as regras secundárias são as responsáveis por dizer como e por quem devem ser obedecidas e elaboradas as regras primárias. Dentre as regras

⁹² Mas também o juiz é um criador de direito, pois mesmo ele é, nessa função, relativamente livre. E é justamente por esse motivo que é uma tarefa da vontade chegar à norma individual no processo de implementação da lei, desde que a moldura da norma geral seja preenchida desse modo.

⁹³ Muito embora, cabe o registro, conforme Tamiris Gevarsoni e Iuri Bolesina (2015, p. 730), alguns o classificam como *soft* positivista, tendo em vista que sua doutrina abre espaço para incorporar princípios morais ou valores substantivos como critérios de validade jurídica na regra de reconhecimento.

⁹⁴ A originalidade do seu pensamento sobre a teoria positivista do Direito é encontrada, especialmente, na obra *“O Conceito do Direito”* (Hart, 2001).

secundárias, a chamada regra de reconhecimento é o critério último de identificação das regras jurídicas. Desse modo, uma pessoa possui determinado direito em razão de que há uma regra primária validada pela regra de reconhecimento, consistente num critério de identificação que é compartilhado pela comunidade, tais como a legislação ou o precedente judicial. Contudo, essa “regra de conhecimento”, por ser a última instância, não tem como passar pelo teste de validade, sendo, assim, a única regra do sistema jurídico que não passa pelo teste de validade, dependendo da aceitação. Essa regra de reconhecimento é fruto da aceitação pelos cidadãos dos padrões constitucionais pelos quais são governados. Ela consiste numa prática complexa de identificar o direito a partir de certos critérios convencionados pela comunidade. (Hart, 2001, p. 126-128).

Dessa forma, assim como Kelsen, Hart defende um sistema jurídico de regras organizadas hierarquicamente. Contudo, introduz na descrição do sistema normativo a “*noção de que o mesmo se fundamenta numa prática social institucionalizada de aceitação das regras*” (Bittencourt; Calatayud; Reck, 2014, p. 54). Além disso, conforme Kelsen, admite a possibilidade de atuação discricionária do aplicador nas situações de incompletude do direito, apresentando, no entanto, diversamente da figura da moldura, a ideia de “*textura aberta*” do direito, identificada como “*áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso*” (Hart, 2001, p.148)

Para Hart essa imprecisão e incertezas sobre a regra do direito é inerente à natureza da linguagem, não podendo ser completamente eliminadas por meio dos cânones da linguagem, pois esses, assim como as regras, não oferecem sua própria interpretação. Nessas situações, no qual a subsunção e silogismo já não resolvem as questões postas pela necessidade de interpretação, estaria aberto a possibilidade da função criadora do direito pelo judiciário, que recorrerá ao seu poder discricionário⁹⁵: “*haverá pontos em que o direito existente não consegue*

⁹⁵ Ressalte-se que Hart, em um ensaio publicado pós morte pela Universidade de Harward, conforme expõe Geoffrey Shaw (2013, p. 666), aprofunda o conceito de discricionariedade judicial distinguindo do conceito de arbitrariedade, a qual seria a forma ampla e radical de liberdade interpretativa. Sustenta que o magistrado pode exercer seu poder de criar o direito, porém, não de modo absoluto (arbitrário). E isso consiste na condição de que deve “ser sempre capaz de justificar sua decisão mediante algumas razões gerais”, denominado de padrões previamente reconhecidos pela sociedade (standards). Contudo, essa distinção apresentada, além de mostrar bastante tênue, ainda não consegue superar a tese da discricionariedade judicial, diante da possibilidade de se criar, mesmo quando o magistrado não age arbitrariamente, o direito conforme uma subjetividade singular.

ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do Direito” (Hart, 2001, p. 336).

Registre-se que essa função volitiva do magistrado ainda perdura de modo difuso na cultura jurídica brasileira. Isso pode ser visto pelo exame da conjuntura das decisões apresentadas no primeiro capítulo, que revelam um amplo exercício de subjetividade e liberdade decisória, haja vista as bruscas modificações de entendimentos em curto espaço de tempo em julgados envolvendo a aplicação de um mesmo princípio constitucional. Aliás, deixando claro esse voluntarismo judicial, cite-se a manifestação do Ministro Humberto de Barros, do Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 319.997/SC), quando afirma textualmente que o direito é aquilo que os juízes pensam (conforme sua autonomia intelectual), pouco importando os estudos doutrinários:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. [...] É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja (Brasil, STJ, 2002, grifou-se).

Em um outro julgamento proferido pelo mesmo Tribunal Superior, no julgamento do recurso de Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.214.790/CE, restou manifestado expressamente no acórdão que o órgão julgador está desobrigado de se manifestar sobre todas as alegações das partes, mas apenas sobre aquilo que ele (órgão judicial) entender necessário para a resolução da demanda jurídica:

Processo penal. Embargos de declaração no agravo regimental no agravo em recurso especial. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Revisão do julgado. Impossibilidade. Embargos rejeitados.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

2. O órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pela parte, mas somente sobre os que entender necessários ao deslinde da controvérsia, de acordo com o livre

convencimento motivado, tal como ocorre no presente caso.
3. Embargos de declaração rejeitados. (Brasil, STJ, 2018, grifou-se).

Portanto, diante da incompletude do direito, o positivismo normativo⁹⁶ reconheceu a competência da autoridade judiciária para definição do direito no momento da aplicação. Essa admissão da discricionariedade judicial é, certamente, um grande paradoxo da teoria positivista, pois ela buscou superar o jusnaturalismo pela crítica da incerteza que essa teoria produziria, todavia, a solução foi admitir (e até mesmo justificar) essa liberdade decisória. Assim, a teoria positivista do direito conflita com o conceito doutrinário de segurança jurídica anteriormente apresentado, tendo em vista que torna o direito refém da vontade subjetiva do intérprete quando ocorrer qualquer situação de incompletude do direito ou até mesmo de divergências interpretativas sobre o sentido dos textos jurídicos. Tanto Kelsen, quanto Hart admitiram a discricionariedade no contexto do modelo de regras, além do que relegavam aos princípios, embora já positivados em textos jurídicos, uma baixa juridicidade, assumindo o papel de fonte normativa subsidiária do direito.

4.2 O realismo jurídico

Desde os finais do século XIX, inicia-se um abandono da defesa da possibilidade de uma ciência encastelada em princípios normativos rígidos, que deveria se impor como verdade

⁹⁶ Pontue-se que, apesar de novas ramificações propostas para o positivismo, como o positivismo inclusivista e exclusivista, tais propostas não contribuem para a solução do problema da superação da discricionariedade judicial com base em uma teoria da decisão. Por exemplo, Jules Coleman, representante do positivismo inclusivista, entende pela possibilidade de ingresso da moral no Direito, mas, desde que expressamente positivado, e a comunidade adote uma convenção que assim determine. Mesmo assim, não consegue superar a tese da discricionariedade judicial, uma vez que deixam em aberto como detectar e controlar o ingresso dos fatores morais no Direito, além de não oferecer respostas sobre como identificar essas normas morais e como realizar o controle de seus conteúdos. Já o positivismo exclusivista, de Joseph Raz, por outro lado, prega a separação radical entre moral e Direito, reconhecendo a discricionariedade como umas das características identitárias do ordenamento jurídico. Portanto, de uma forma ou de outra, o tema a tese da discricionariedade judicial é uma constante no positivismo. Mesmo essas novas propostas pretensamente renovadoras do positivismo ainda estão presas no agulhão semântico que trata Dworkin, além de não fornecer uma resposta para a questão do deficit democrático desse modelo discricionário de decisão (Streck, 2014, p. 42-43).

monolítica⁹⁷. Razão disso, as chamadas filosofias dogmáticas⁹⁸, antes valorizadas, passaram a ser vistas com certa desconfiança⁹⁹, reavivando a filosofia do ceticismo¹⁰⁰, que em muitos aspectos, pode até mesmo ser vista na concepção kelseniana do direito, sobretudo quando defende a colmatação do direito pelo aplicador, por crer ser a incompletude inerente ao direito. Sobre a filosofia ceticista, Bento Prado Jr analisa que:

Logo, todavia, o programa neopositivista começou a fazer água por todos os cantos, e a exibir suas limitações com a crise dos dogmas da imaculada concepção e da imaculada observação. Quine, por exemplo, acerta seu tiro no coração, mostrando a impossibilidade de traçar uma linha nítida entre proposições analíticas e proposições sintéticas, entre o que é puramente lógico e o que é puramente empírico. Por outro lado, os filósofos como N. R. Hanson, uma nova filosofia da ciência caminha na mesma direção, insistindo na ‘impregnação teórica’ dos dados observacionais. Na Alemanha a querela do

⁹⁷ Conforme aponta José Renato Cella (2005, p. 6), “*Vale dizer que não só o pensamento filosófico abalou a auto-estima do homem e a sua razão, mas também a própria Ciência Moderna. Com efeito desde Galileu, quando se revelou que não estávamos no centro do universo como imaginávamos, nossa vaidade já ficara abalada. Mas isso foi pouco se comparado às teorias de Sigmund Freud e Charles Darwin que, respectivamente, expulsaram-nos do centro da criação e do controle de nossas faculdades mentais. As filosofias da linguagem igualmente abalaram o edifício das crenças do homem moderno ao demonstrarem a arbitrariedade dessas crenças a partir de análises linguísticas.*”

⁹⁸ Consoante expõe Oswaldo Pereira (1993, p. 123-164), “*a filosofia dogmática inventou a teoria do conhecimento: elaborou a temática da verdade, distinguiu entre o evidente e o não-evidente e formulou uma noção de evidência, introduziu a noção de critério da realidade e verdade e distinguiu espécies de critérios, construiu uma concepção do ser humano enquanto sujeito do conhecimento e procedeu ao estudo de suas faculdades, demorou-se na análise da sensibilidade e entendimento enquanto fontes privilegiadas do nosso alegado conhecimento e apreensão do real, desenvolveu uma doutrina da representação e, particularmente, da representação ‘apreensiva’, analisou cuidadosamente os procedimentos inferenciais que alegadamente nos conduzem da esfera da evidência comum ao domínio das realidades não-evidentes, por meio de signos ou de demonstrações. E construiu toda uma teoria dos signos e toda uma lógica da demonstração*”.

⁹⁹ Conforme Jose Renato Cella (2005, p. 9.), podem ser citados, entre outros, os seguintes fatores dessa crise da razão: “*Com efeito, a partir da crise de auto-estima que afligiu a humanidade em face do impacto causado por obras como as de DARWIN, FREUD, NIETZSCHE, bem como pelas filosofias da linguagem, crise que se agravou a partir das explosões de duas bombas atômicas no Japão em 1945, a partir do que a própria tecno-ciência perdeu a credibilidade de que dispunha, foi o fundamentacionismo que passou a ser visto como uma postura insana (predicado este que tradicionalmente era atribuído ao ceticismo), sendo que as pretensões de ‘querer tudo justificar, tornar-se-ia um empreendimento insensato, porque completamente irrealizável, não podendo senão levar a uma regressão ao infinito. O exercício hiperbólico da crítica é insensato porque, na sua ânsia de absoluto, dissocia pensamento e contexto, negligencia as exigências da ação no pensamento, as suas interações constantes e deixa, afinal, escapar a exigência de continuidade sem a qual o exercício da razão se tornaria incompreensível.*”

¹⁰⁰ Conforme Richard Popkin: “*O ceticismo como concepção filosófica e não como uma série de dúvidas relativas a crenças religiosas tradicionais, teve sua origem no pensamento grego antigo. No período do helenismo as várias observações e atitudes de filósofos gregos de períodos anteriores foram desenvolvidas, formando um conjunto de argumentos, estabelecendo que (1) nenhuma forma de conhecimento é possível; ou que (2) não há evidência adequada ou suficiente para determinar se alguma forma de conhecimento é ou não possível e que, portanto, devemos suspender o juízo acerca de todas as questões relativas ao conhecimento*” (Popkin, 2000, p. 13).

positivismo opunha dialética e hermenêutica ao ‘pós-positivismo’ de Popper (já que sacrificara o famoso princípio da verificação), substituindo-o pelo oblíquo critério da falsificabilidade, que fornece uma ideia mais dúctil de demarcação. Nos países de língua inglesa, os filósofos da física — recuperando a epistemologia comparada de Duhem e de Alexandre Koyré reintroduzem a história da ciência no coração da epistemologia e, com ela, a idéia da multiplicidade dos paradigmas. Em todos os casos, é o ideal da *unicified science* que entra em crise. É para uma concepção mais larga da Razão e da Ciência que se voltam então os espíritos. Ou, pelo menos, para o reconhecimento do fato incontornável de um mínimo de pluralismo ou de perspectivismo metodológico, que compromete a hegemonia do ideal de toda a ciência unificada no estilo da *hard science*” (Prado Jr, 1996, p. 23 e ss).

Esse ceticismo coloca em xeque a possibilidade de um agir racional nas amplas áreas do conhecimento, gerando influências significativas também no pensamento jurídico. Nesse campo, contrapondo-se ao pensamento do positivismo legalista¹⁰¹, emerge a teoria do realismo jurídico¹⁰², tendo entre os seus grandes precursores o jurista Oliver Holmes¹⁰³, que já no ano de 1987 fez uma importante conferência, sob o título *The Path of the Law*, perante à Escola de Direito da Universidade de Boston, disseminando a metáfora do *bad man* do direito:

Se quiserdes conhecer o direito, nada mais que o direito, segui o exemplo do homem mau (bad man) que só se preocupa com as consequências materiais que semelhante conhecimento lhe permite antecipar, à diferença do homem bom que trata de justificar a sua conduta, tanto dentro como fora do campo do direito, apenas com as vagas sanções da sua consciência [...] Considerarei o

¹⁰¹ Conforme tópico anterior, trata-se do positivismo em sua fase inicial, que depositava na lei todos os elementos para a solução dos conflitos de interesses, de tal modo que a interpretação ficava resumida à literalidade da lei. Contudo, conforme visto, o positivismo em sua fase normativista, sustenta a atuação discricionária do juiz nos casos de incompletude da ordem jurídica. Por isso, com razão Ricardo Guastini, quando afirma que o **realismo jurídico é apenas uma forma exacerbada do positivo jurídico contemporâneo**: “*Estas tres características del PJ contemporáneo son compartidas por el realismo jurídico, que combina una concepción empírica del conocimiento jurídico con una tesis escéptica sobre la interpretación. El realismo jurídico es una visión abiertamente positivista sobre el Derecho. Sin duda, no todos los juristas positivistas son realistas, pero todos los realistas son positivistas (“duros”).* (Guastini, 2021, p. 227).

¹⁰² Segundo aponta Daniel Ferreira, o realismo jurídico surge nos Estados Unidos, na década de 1920 e 1930: “*É importante dizer que logo no início da era da ansiedade, na década de 1920 e 1930, surge o movimento denominado Realismo Jurídico que criticava principalmente a fé no método do caso desenvolvido por Christopher Columbus Langdell em Harvard em 1870. Os autores realistas criticaram o método do caso de Langdell tanto como método de ensino e aprendizado quanto como teoria do Direito (criticavam a suposta cientificidade do Direito preconizada por Langdell). Daí o fato de afirmarmos que o realismo jurídico norteamericano foi um movimento com dupla faceta: foi uma teoria do ensino jurídico e uma teoria do Direito*” (Ferreira, 2012, p. 7).

¹⁰³ Conforme Norberto Bobbio, “*o pai intelectual das correntes realistas modernas é um grande jurista, por muitos anos juiz da Suprema Corte, Oliver Wendell Holmes, que foi o primeiro, precisamente no exercício das suas funções de juiz, a desclassificar o tradicionalismo jurídico das cortes, e a introduzir uma interpretação evolutiva do Direito, quer dizer, mais sensível às mudanças da consciência social*” (Bobbio, 1999, p. 36).

problema fundamental: Que é o Direito? Alguns escritores vos dirão que é coisa bem diversa do que decidem os Tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que se alicerça em algo deduzido de princípios éticos, de axiomas indubitáveis, ou do que mais seja que pode ou não coincidir com o que digam as sentenças. Mas se adotamos o ponto de vista do nosso amigo, o homem mau, veremos que tanto se lhe dá que lhe falem em axiomas ou deduções, pois o que lhe interessa é tão só saber o que decidirão, concretamente, os Tribunais de Massachusetts e da Inglaterra. Pois estou com o homem mau. O direito, para mim, se resume sem mais nem menos nas profecias sobre a ação efetiva dos Tribunais (Holmes, 2002, p. 427).

Holmes defende que os parâmetros da decisão judicial ocorrem de forma prática, rejeitando a lógica e a história como métodos decisórios, os quais considera como disfarces retóricos para as decisões judiciais. Para ele, os juízes primeiro decidem, depois encontram a razão ou a justificativa lógica para a decisão tomada (*first we decide, than we deduce*):

A preparação de advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, separação e dedução são aqueles nos quais o advogado se sente com maior familiaridade. A linguagem das decisões judiciais é basicamente uma linguagem lógica (...) Porém a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente [...] Pode se dar para qualquer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida?" (Holmes, 1992, p. 167).

Assim, o direito é apenas uma previsão, uma profecia, sobre o que poderá vir decidir um tribunal: “o direito jurídico seria a previsão de que, se um homem se comportasse dessa ou daquela maneira, ou se se encontrasse em determinada situação, experimentaria um benefício atribuído por um tribunal” (Ribeiro; Cavalcante, 2004, p. 311). Por conseguinte, as leis e os precedentes judiciais servem apenas como fontes de informação, juntamente com outros fatores sociais e até mesmo psicológicos, na realização do direito, que se materializa pela decisão judicial.

Outro importante teórico do realismo jurídico foi Jerome Frank¹⁰⁴, que, influenciado pelo pensamento de Holmes sobre o caráter oculto das razões que levam a uma determinada

¹⁰⁴ Jerome New Frank foi um filósofo nascido em 1889, em Nova York. Colou grau na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago em 1912 e, posteriormente, trabalhou como advogado até 1930. Em 1930, Frank, influenciado pelo pensamento de Holmes e pelo movimento psicanalítico de Sigmund Freud, analisou o Direito com base em um teor psicológico e, assim, publicou o livro *Law and the Modern Mind*. Em 13 de fevereiro de 1941, Roosevelt, então presidente dos Estados Unidos indicou Frank como Juiz na United States Court of Appeals for the Second Circuit, onde permaneceu até sua morte em 1957.

decisão judicial, desenvolve o realismo jurídico em bases ainda mais radicais. Para ele não há garantia de qualquer previsibilidade do direito, estando as decisões baseadas nos impulsos do juiz, os quais não são obtidos necessariamente das leis, dos princípios do direito ou de decisão passadas, mas até mesmo de preconceitos, muitas vezes inconscientes, que denomina de vieses inconscientes¹⁰⁵. Entende que é um mito dizer que os juízes deduzem suas conclusões das leis, propondo que as decisões judiciais eram motivadas principalmente pela influência de fatores meramente psicológicos. Por isso, a frase: “*o direito é o que o juiz comeu no café da manhã*”, comumente atribuída a Jerome Frank, mas de origem incerta, é uma caricatura comum do realismo jurídico norte-americano, no sentido de levar ao extremo a interferência dos mais variados fatores nas decisões judiciais.

Analisando o realismo jurídico, Norberto Bobbio conclui que sua tese central é a de que não existe direito objetivamente dedutível de convenções, como os costumes, as leis ou os antecedentes judiciais. O direito é uma permanente criação do juiz no momento em que ele decide:

A escola realista, cujo principal impulsionador foi JEROME FRANK, foi bem mais adiante dos princípios que podem ser deduzidos de HOLMES e POUND. A tese principal da escola realista é esta: não existe direito objetivo, no sentido de objetivamente dedutível de fatos reais, oferecidos pelo costume, pela lei ou pelos antecedentes judiciais; o direito é uma permanente criação do juiz no momento em que decide uma controvérsia. Assim se derruba o princípio tradicional da certeza do direito; pois qual pode ser a possibilidade de prever as conseqüências de um comportamento? — e nisto consiste a certeza — se o direito é uma permanente criação do juiz? Para FRANK, com efeito, a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito derivado de uma espécie de aceitação infantil frente ao princípio de autoridade (esta tese foi sustentada em um livro escrito em 1930, *Law and Modern Mind*): um mito que deve acabar para levantar sobre suas ruínas o direito como criação permanente e imprevisível (Bobbio, 1995a, p. 36).

Ainda em relação ao realismo estadunidense, cabe esclarecer que o mesmo não ficou restrito aos Autores citados¹⁰⁶, valendo mencionar por fim, ainda que sucintamente, um dos

¹⁰⁵ Exemplificou esses vieses como: reações menos ou mais intensas a mulheres, mulheres solteiras, ruivas, morenas, em relação à idade, ou, até mesmo, gestos ou tiques nervosos. Vieses esses que seriam impossíveis de reconhecer, o que levaria a uma impossibilidade de previsão dos “padrões comportamentais” (Frank, 1949, p. 10-11)

¹⁰⁶ Diante dos limites da pesquisa, cabe pontuar que não se pretende examinar todos os principais pensadores do realismo norte americano, diante da grande variedade. Com efeito, na vertente estadunidense, temos além daqueles aqui mencionados como autores precursores (Oliver Homes e Frank Jerome), outros autores influentes, como Walter W. Cook, Walter Bingham, Karl N. Llewellyn, Leon Green, Hessel Yntema,

grandes teóricos dos tempos atuais. Trata-se de Richard Posner, que, na obra *How judges think* (Como os Juízes Pensam), fez análise crítica sobre o comportamento do juiz em nove aspectos (atitudinal, estratégica, sociológica, psicológica, econômica, organizacional, pragmática, fenomenológica e legalista). Para o Autor, esses aspectos influenciam o processo decisório, ainda que de forma inconsciente. Posner reconhece a possibilidade de decisões muito discrepantes envolvendo casos similares, negando assim qualquer possibilidade de previsibilidade do direito nos casos que não encontram uma resposta simples a partir das fontes corriqueiras de orientação (constituição, leis e precedentes).

Todavia, é válido ressaltar, conforme assevera Augusto Leal (2013, p. 95), que Richard Posner não se considere um integrante do realismo jurídico, denominando seu pensamento com a nomenclatura “pragmatismo jurídico”. De fato, Posner tece críticas a algumas versões do *legal realism*, por entender que elas foram muito extremistas em relação ao subjetivismo das decisões judiciais, exagerando na defesa de que absolutamente todos os casos são indeterminados. Não obstante, Posner concorda com a premissa do realismo de que os juízes decidem sob a forte influência de variáveis extrajurídicas.

Por fim, diante da impossibilidade de exploração aqui de todos os seus principais autores e nuances de cada um desses pensamentos¹⁰⁷, interessante apresentar a análise do Professor Riccardo Guastini (2013, p. 1-18), que sintetiza a teoria do realismo jurídico com base na conjunção de três teses relacionadas entre si: tese metodológica, ontológica e epistemológica. A tese metodológica, cujo objeto é a interpretação, responde à seguinte pergunta: que tipo de atividade é atividade interpretativa? A tese ontológica, cujo objeto é o

Herman Oliphant, William Douglas, Thurman Arnold e Max Radin. E, recentemente, Richard Posner, conhecido como representante da vertente do pragmatismo jurídico.

¹⁰⁷ Válido o registro que além do realismo jurídico norte-americano, há também a escola do realismo jurídico escandinavo, representado por autores como Axel Hägerström e Karl Olivecrona e Alf Ross. O realismo escandinavo, em resumo, tem vários pontos em comum com o realismo norte-americano, especialmente, no que se refere à importância da atividade judicial como definidora do Direito de uma sociedade. Todavia, além dos elementos psicológicos, enfatizam também os elementos sociológicos na análise do Direito, conforme discorre Fabio Ribeiro e Henrique Cavalcante: *O movimento realista escandinavo, no dizer de Dennys Lloyd, foi contemporâneo do norte-americano, com o qual, aliás, como não poderia deixar de ser, tem importantes pontos de contato. Assim como os autores americanos, os escandinavos chamaram a atenção para a necessidade de explorar os fundamentos sociológicos do Direito, numa postura que deveria ser traduzida como um rechaço ao dogmatismo da norma jurídica; para eles, o Direito válido não seria outra coisa senão a predição daquilo que os tribunais decidiriam, na exata medida do pensamento americano; sustentaram ser imperioso, ainda, investigar as formas efetivas por que o processo judicial e administrativo funcionam, não aceitando como explicação a existência de regras escritas que vinculariam os juízes e funcionários, porque essa explicação seria parcial e deixaria sem justificção incontáveis problemas relevantes”* (Ribeiro; Cavalcante, 2004, p. 312)

direito, responde à pergunta: que tipo de entidade é o direito? e a tese epistemológica, cujo objeto é o conhecimento, responde à pergunta: em que consiste o conhecimento científico?

A tese metodológica, que condiciona todas as demais teses, é uma teoria cética quanto à interpretação, entendida aqui como a atribuição de significado aos textos normativos. Assim, é um ato de vontade e não de conhecimento. É sobretudo, uma atividade de tomada de decisão judicial, as quais são condicionadas, como é natural, pelos interesses práticos dos seus intérpretes (políticos, econômicos, profissionais, etc.), pelas suas ideias de justiça e pela aceitabilidade das diferentes decisões dentro da cultura jurídica existente.

Por sua vez a tese ontológica, define que o realismo defende uma ontologia empirista do direito, no sentido que o direito não é um conjunto de entidades abstratas (como normas, valores, obrigações, direitos ou coisas semelhantes), mas um conjunto de fatos sociais de um certo tipo, consubstanciado nas normas efetivamente aplicadas no passado e previsivelmente aplicáveis no futuro pelos órgãos que aplicam as formulações normativas. O direito corresponde, aqui, às normas extraídas pelas interpretações dominantes, que podem ser identificadas mediante análise empírica da jurisprudência.

Por fim, a tese epistemológica, na qual o realismo busca responder o que é o conhecimento científico. Para referido Autor, em um sentido estrito, o conhecimento científico do jusrealismo pode ser apresentar de três sentidos completamente integrados - o cara e coroa da mesma moeda: a) como interpretação cognitiva, revelando as previsões para futuras orientações interpretativas ou como diretrizes interpretativas (dirigidas aos órgãos de implementação) que circunscrevem a área dos significados “corretos”; b) metajurisprudência (de caráter descritivo), compreender o direito como um conjunto de descrição ou reconstrução de correntes (interpretativas e construtivos respectivamente) presentes na cultura jurídica (na doutrina e na jurisprudência) em um determinado tempo e lugar; c) descrição do direito atual, entendendo como um reconhecimento detalhado das normas efetivamente aplicadas pelos órgãos judiciais ou não, onde e quando haja normas estavelmente vigentes (na falta das quais a ciência jurídica só poderá explicitar os desacordos interpretativos).

Pontue-se, por fim, que é possível identificar o realismo ou pragmatismo jurídico na jurisprudência brasileira. Veja, por exemplo, conforme caso estudado no capítulo primeiro, referente a possibilidade de prisão após condenação em primeira instância, na qual a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n. 126.292/SP, contou diversos argumentos dessa ordem, afastado a normatividade do dispositivo constitucional para sustentar

a decisão com base no que é melhor para sociedade¹⁰⁸. Emblemática também é a decisão, já mencionada anteriormente, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual o magistrado utilizou-se do seguinte argumento: “[...]Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. [...] É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém” (Brasil, STJ, 2002, grifou-se).

Portanto, conclui-se, após análise das principais ideias do realismo jurídico, que se trata de uma teoria fincada na cultura decisionista da prática decisória¹⁰⁹. Levada às últimas consequências, desemboca inevitavelmente em um perigoso decisionismo arbitrário e voluntarista, insuscetível de qualquer controle racional e de previsibilidade do direito. Inclusive, conforme aponta Ricardo Guastini, o realismo jurídico é apenas uma forma exacerbada do positivo jurídico contemporâneo¹¹⁰. Por isso, o realismo jurídico, assim como o

¹⁰⁸ “Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, **sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto.** [...] **Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada.** De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento” (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

¹⁰⁹ Conforme casos analisados no capítulo I, vários Ministros do Supremo Tribunal invocaram argumentos de caráter pragmático para justificação da decisão. Nesse sentido: “**Por fim, cumpre pontuar argumentos associados à análise econômica do Direito, em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos.** A decisão segundo a qual a interposição de recursos sucessivos pela defesa é dotada do efeito de impedir a execução da pena acaba por gerar efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional. [...] **Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada.** De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento” (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

¹¹⁰ Nas palavras do Autor: “*Estas tres características del PJ contemporáneo son compartidas por el realismo jurídico, que combina una concepción empírica del conocimiento jurídico con una tesis escéptica sobre la interpretación. El realismo jurídico es una visión abiertamente positivista sobre el Derecho. Sin duda, no*

positivismo, enquanto teorias do direito, falham na busca de qualquer previsibilidade ou controlabilidade da decisão judicial.

4.3 O direito como integridade de Ronald Dworkin:

Inicialmente, é oportuno esclarecer que a escolha da teoria de Ronald Dworkin justifica-se pelo fato de representar uma busca pela superação da tese da discricionariedade judicial, cujo tema vincula diretamente à problemática da pesquisa sobre a segurança jurídica no direito. Sua teoria perpassa por diferentes escolas do pensamento jurídico, expondo suas fragilidades para a aplicação do direito no contexto do Estado Democrático de Direito. Além disso, aborda o direito sob um contexto bastante prático, demonstrando os ajustes e desajustes de outras concepções teóricas do direito, a partir da realidade prática (casos judiciais), formulando uma consistente tese sobre a controvérsia judicial, que tem gerado profícuos debates na agenda técnico-jurídica contemporânea.

Essa centralidade e importância da teoria desenvolvida por Dworkin para o direito contemporâneo é confirmada por Macedo Júnior:

A centralidade de sua obra se deve não apenas ao pioneirismo e à força de suas críticas, como também pelo fato de que ela pode ser vista como uma resposta a quase todas as novas perspectivas e a muitos temas metodológicos que ganharam proeminência, ainda que não se limite a isto. Desse modo, a obra de Dworkin não apenas contribui para fortemente para a construção da agenda técnico-jurídica contemporânea e o afirma como um dos mais originais pensadores que dela participa, como também é paradigmática e exemplar dos problemas filosóficos que passaram a ocupar lugar de destaque na área nos últimos anos (Macedo Júnior, 2014, p. 12)

Portanto, faz-se necessário trazer ao debate dessa pesquisa, o pensamento de Dworkin, com ênfase nos aspectos em que refuta a possibilidade do poder discricionário do julgador na aplicação do direito. Esse combate à discricionariedade, conforme será exposto, passa pela compreensão de três pontos essenciais de sua teoria: o papel dos princípios no direito, que geraria sua completude e afastaria o subjetivismo do aplicador do direito; a compreensão de como ocorrem as divergências na aplicação do direito, que não se limita à verificação de quais

todos los juristas positivistas son realistas, pero todos los realistas son positivistas (“duros”). (Guastini, 2021, p. 227).

foram as decisões passadas (direito como simples questão de fato); a necessidade de uma teoria construtiva da interpretação do direito, revelada pela própria natureza do direito; e a importância da virtude da integridade no direito, como teoria jurídica que intenta superar a discricionariedade judicial admitida pelo convencionalismo e pelo pragmatismo jurídico.

4.3.1 A completude do direito pelos princípios

Em sua obra seminal, publicada em 1967, sob o título “*The Model of Rules*”¹¹¹, a qual, dez anos depois, tornou-se o segundo capítulo da sua obra “*Taking Rights Seriously*”, traduzido para o português como “Levando os direitos a Sério”, Dworkin demonstra que mesmo em casos específicos (*hard cases*¹¹²), no qual o positivismo e o pragmatismo reconhecem a possibilidade de decisão discricionária, seja em razão de inexistir regra específica ou por questões de divergência interpretativa, haveria a necessidade de ser observado que em tais decisões os juristas recorrem a padrões normativos que não operam como regras para solução dos casos e nem podem ser sustentadas a partir de um teste de reconhecimento positivista (teste de *pedigree*¹¹³).

Para ilustrar esse raciocínio, Dworkin analisa a prática judicial estadunidense, por meio dos *leading cases*: *Riggs vs Palmer* e *Henningsen vs. Bloomfield Motors*. O primeiro caso

¹¹¹ Conforme destaca Guest (2010, p. 30): “*Ele é muito bem escrito, com energia e clareza jornalística, contém um brilhantemente claro resumo das principais doutrinas de The Concept of Law de H. L. A. Herbert, e, acima de tudo, apresenta um ataque sustentado, original e construtivo sobre a tese contida nesse livro. O artigo que, hoje aparece como o capítulo 2 de Taking Rights Seriously, não perdeu sua força inicial e, embora existam mudanças de ênfase em sua teoria mais madura, a tese emergente é clara e, creio eu, substancialmente inalterada*”.

¹¹² Conforme descreve Fernandez Neto (2003, p. 352-353), casos difíceis são as hipóteses em que, “*ao menos em princípio, não existe uma disposição normativa concreta ou, em havendo, quando o seu significado é tão duvidoso que cabe propor mais de uma resposta correta que se situe dentro das margens permitidas pelo Direito positivo*”.

¹¹³ Sobre o que significa o teste de *pedigree*, esclarece Dworkin: “*O Direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com o auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com o seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de Direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como 'regras morais') que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público*” (Dworkin, 2002, p. 27-28).

envolvia a discussão do direito ao recebimento de uma herança testamentária por um herdeiro que assassinou seu avô. No julgamento, o Tribunal de Nova York declarou a nulidade do testamento, impedindo o recebimento da herança pelo neto Elmer, suscitando o princípio de ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza. Assim, em que pese o testamento ter observado todas as formalidades legais sobre os contratos, além de não haver impedimento legal para o não recebimento da herança nessa situação, o Tribunal negou o direito ao recebimento da herança ao herdeiro testamentário.

O segundo caso envolveu a discussão sobre a extensão da responsabilidade do fabricante de automóvel por despesas médicas dos passageiros, advindas de um acidente do veículo em razão de defeitos na sua fabricação. A fabricante do veículo negava sua responsabilidade com base em um contrato, assinado pelo comprador do carro, contendo excludente de responsabilidade da empresa em tal situação, de modo que sua responsabilização contratual abrangeria apenas o conserto das partes defeituosas do veículo e não aquela modalidade de responsabilidade (médica) pleiteada por *Henningsen*. Em que pese a conformidade do contrato às disposições legais, o Tribunal de Nova Jersey julgou procedente o pleito de *Henningsen*, para afastar a aludida cláusula contratual, tendo como argumento base o princípio da equidade contratual.

Dessa forma, em ambos os casos havia regras jurídicas aplicáveis que ensejariam decisões em sentido diverso àquelas proferidas pelos referidos Tribunais, já que tanto o testamento quanto o contrato foram realizados em conformidade com a regras jurídicas existentes e não existia disposição legal expressa que negasse o direito à herança a Elmer ou que assegurasse o direito à indenização requerido por *Henningsen*. No entanto, as decisões judiciais fundamentaram as soluções para os casos com base em padrões normativos diversos das regras jurídicas previstas, como o que ninguém pode beneficiar com seus próprios atos ilícitos, no caso *Riggs contra Palmer*, ou então, do direito à equidade nos contratos, como no caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.* Para Dworkin, isso demonstra que há outros padrões normativos verificados na prática jurídica, que não se assemelham ao modelo de regras do juspositivismo ou mesmo uma ausência de regras, conforme defende o realismo jurídico.

Assim sendo, a prática judicial revela que os princípios são também padrões normativos integrantes do direito. Nos casos judiciais anteriormente destacados, não existiam regras claras que fundamentassem a decisão em sentido oposto ao dado pelo Tribunal. No entanto, essas regras foram afastadas ou desconsideradas no caso, por entenderem pela incidência de princípios que melhor justificavam os propósitos do direito. Essa constatação

permite ao jusfilósofo norte-americano criticar a tese das fontes sociais do direito, que tem por pretensão identificar e diferenciar as regras jurídicas de outras regras sociais. Isso porque o teste fundamental de validade das normas jurídicas não consegue explicar as divergências teóricas ocorridas na prática judicial, sobretudo quando, embora existam regras previamente estabelecidas e aceitas pela comunidade (em conformidade com a regra de reconhecimento de Hart), os aplicadores do direito recorrem aos princípios para solução desses casos mais difíceis.

Conforme esclarece Daniela Ykawa (2004, p. 110), os princípios não podem ser testados a partir de um teste de *pedigree* positivista, porquanto a ideia de validade ou invalidade que acompanha a regra social de reconhecimento não é aplicável aos princípios, pois é possível que um princípio não seja aplicado em um caso, sem que isso implique dizer que o princípio deixou de existir. Ou seja, não é mais um princípio aceito na comunidade. Ademais, ainda que princípios tenham apoio institucional (expressamente positivados), não implica, em razão dessa condição, sua obrigatoriedade, pois sua aplicação judicial encontra-se baseada na compreensão do que é apropriado, conforme uma prática desenvolvida ao longo do tempo por uma comunidade. Por exemplo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não é válido apenas pelo fato de estar previsto textualmente na Constituição brasileira de 1988 e, nem tampouco, essa situação ensejará uma aplicação silogística nas situações concretas em que for suscitado.

Desse modo, a noção de validade de uma norma jurídica, que, para os positivistas, não decorre do conteúdo, mas da conformidade com a regra de reconhecimento, não possui similitude com a validade dos princípios. Com efeito, mesmo os princípios mais significativos, como o princípio da democracia, podem ser objeto de confrontação, de tal modo que sua validade, diferente do teste de *pedigree* positivista, é assentada a partir da argumentação diante de caso concreto. Ademais, ainda que se argumente que a regra de reconhecimento dos princípios decorre da aceitação da comunidade, isso arruinaria o teste de *pedigree* positivista, já que as regras jurídicas retiraram suas forças não mais das instituições competentes aceitas pela comunidade, mas da moralidade política existente na comunidade. Tampouco é possível querer salvar a regra de reconhecimento positivista colocando os princípios como a regra de reconhecimento. Isso porque, além da impossibilidade de listar todos os princípios (são incontáveis), eles são controversos, conforme a situação que se apresenta, e mutáveis com o passar do tempo. (Dworkin, 2002, p. 70).

Logo, conforme destaca Macedo Junior (2013, p. 191-192), a regra de reconhecimento hartiniana ou a norma hipotética fundamental kelseinana não são capazes de servir de critério

de validação dos princípios (e nem mesmo das regras), pois a controvérsia se assenta no próprio fundamento do direito, o que demonstra que o direito não pode ser entendido exclusivamente como “uma questão de fato”¹¹⁴, ou seja, como um conjunto fechado de normas postas pelo Estado segundo um procedimento previsto em outras normas, pois os princípios não foram postos por nenhuma autoridade específica, nem são frutos de uma deliberação procedimental, mas são expressão da moralidade política historicamente construída em determinada comunidade (comunidade de princípios) e que, em razão disso, também fazem parte do direito, conforme demonstram os exemplos judiciais analisados por Dworkin. Nas palavras do próprio Autor:

A origem dos princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. [...]. Desse modo, mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples e direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por uma regra de reconhecimento (Dworkin, 2002, p. 64-66).

Desse modo, conforme pontua Lucas Carvalho (2006, p. 46-47), Dworkin traz para o âmbito do direito aquilo que os positivistas consideravam como política ou moral. Os princípios compõem o direito e não se afirmam pela forma, mas pelo seu conteúdo, não havendo “*fórmula capaz de estabelecer por quais requisitos deve passar um princípio para se tornar um princípio jurídico. É somente na prática, no curso de extensos debates, nos quais os diversos pontos de vista se expressam e se confrontam*” (Carvalho, 2006, p. 47). Em vista disso, cai por terra o preceito chave do positivismo de que o direito é feito por regras jurídicas que são obrigatórias em razão de um teste de validade formal. A prática jurídica depõe em sentido contrário, pois, nos casos acima citados, as regras jurídicas foram desconsideradas. Falhou no teste de obrigatoriedade e, conseqüentemente, no teste de *pedigree*. Em outras palavras, o teste fundamental de validade da norma jurídica positivista não consegue justificar a existência de um outro padrão normativo (os princípios), que são comumente utilizados na fundamentação de decisões judiciais. Assim, ao invés da definição do direito ocorrer por critérios pessoais do aplicador (tese da discricionariedade), ele deverá considerar os princípios que informar aquela

¹¹⁴ Dworkin (2007, p. 10), conforme será melhor analisado adiante, denomina de Direito como simples questão de fato, quando se pensa que o Direito pode ser resumido ao que “as instituições jurídicas, como legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais decidiram no passado”. [...] Em outras palavras, o Direito existe como simples fato, e o que o Direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser.”

comunidade jurídica.

Para Dworkin, a incompletude ou as chamadas lacunas do direito decorrem de uma limitação do modelo de regras positivista. Defende que é um erro considerar que os princípios não são vinculantes ou obrigatórios, pois, conforme casos judiciais analisados (por exemplo, o caso *Riggs contra Palmer*), caso fossem omitidos os princípios citados, a decisão seria objeto de críticas justamente por não considerar esses princípios. Imagine, com base no referido caso judicial, as críticas que poderiam ser lançadas contra a decisão, caso fosse concedida ao herdeiro assassino a herança de seu avô (Dworkin, 2002, p. 56-57). Por conseguinte, contrapõe-se ao argumento de que os princípios não podem prescrever um resultado particular, pois isso decorre da visão que compreende os princípios como regras, que geram consequências imediatas com sua aplicação. Os princípios são padrões normativos diferentes, que devem ser construídos argumentativamente na situação concreta, numa interpretação que seja coerente com o sistema jurídico como um todo. Além disso, rebate o argumento positivista de que os princípios possuem pesos controversos. Isso só faria sentido se analisarmos os princípios sob a ótica das regras, como padrão normativo emanado do Legislativo ou do Judiciário. Mas, os princípios possuem outro prisma de exame, o qual decorre de *“amalgamas de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciárias aparecem conjuntamente com apelos às práticas e formas de compreensão na comunidade”* (Dworkin, 2002, p. 58).

Desse modo, seguindo o raciocínio de Dworkin, a discricionariedade positivista é fruto da visão do modelo de regras, no qual os princípios não são levados a sério no processo interpretativo. Ainda que se invoque os princípios no exercício da atividade jurisdicional, haja vista sua positivação no ordenamento jurídico, são empregados e interpretados conforme as próprias luzes do julgador, numa invocação “conforme sua consciência” ou “conforme o bom senso”, revelando uma atitude arbitrária e decisionista sobre o que é o direito:

Há uma consequência, mais sutil, desse pressuposto inicial de que o direito é um sistema de regras. **Quando os positivistas realmente se ocupam de princípio e políticas, os trata como regras *manquês*. Presumem que, se eles são porções do Direito, então devem ser regras; desse modo os positivistas os leem como se fossem padrões tentando ser regras.** Quando um positivista houve alguém tentando argumentar que princípios jurídicos são parte do Direito, ele compreende isso como argumento em favor do que ele denomina teoria do “Direito de nível superior”, segundo a qual esses princípios regras de uma lei acerca do Direito. **Ele refuta essa teoria salientando que algumas vezes essas regras são aplicadas, outras não e que, para cada tipo de “regras” do tipo, “nenhum homem pode se beneficiar da própria torpeza” existe uma “regra” contrária, do tipo “a**

lei favorece a garantia de direitos”. [...] Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos, que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário – o que é falso (Dworkin, 2002, p. 62-63, grifou-se).

Portanto, a defesa dos princípios por Dworkin, como padrões normativos obrigatórios, leva ao reconhecimento de que o direito ou obrigação jurídica particular do caso decidido era preexistente e, portanto, o intérprete não é livre para legislar (criar um direito conforme sua consciência) após o fato. Assim, a crítica contra a discricionariedade judicial na aplicação de princípios também repercute na aplicação das regras e, especialmente, sobre a questão da completude do ordenamento jurídico.

4.3.2 As divergências teóricas sobre o direito e a interpretação construtiva

Já na obra “Império do Direito” (Law's Empire), publicada originariamente em 1986, Dworkin articulou de forma sistemática e detalhada a sua própria concepção de Direito, denominada de direito como integridade. Nessa obra, aperfeiçoa o seu argumento inicial exposto na obra “Levando os Direito a Sério”, demonstrando que as teorias dominantes fracassam na explicação da prática jurídica. Isso porque, além de não levar a sério o padrão normativo princípio (conforme análise do tópico anterior), padecem do vício da má-compreensão da natureza interpretativa do conceito de direito.

Inicia a obra buscando respostas para a pergunta “o que é o direito?” a partir do exame das questões que ocorrem internamente no processo judicial. Para isso, lembra que o processo judicial¹¹⁵ pode despertar três tipos de questionamentos: questões de fato, questões sobre a moralidade política e fidelidade e questões de direito. (Dworkin, 2007, p. 5-6). A primeira, relaciona-se aos fatos concretos e históricos envolvidos na controvérsia (Quais os fatos? Quais as leis vigentes no país? Quais as decisões judiciais anteriores?). A segunda, envolve aspectos sobre o que é certo ou errado em termos de moralidade política, considerando como os cidadãos devem ser tratados dentro da própria comunidade (é injusto ou não determinada lei?). Já a terceira (questões de direito), envolve as questões relacionadas sobre qual é o direito que rege

¹¹⁵ Dworkin analisa na referida obra importante casos judiciais para sustentar suas análises: (1) *Caso Elmer (Riggs v. Palmer – 1889)*; (2) *Caso Snail Darter (Tennessee Valley Authority vs. Hill – 1978)*; (3) *Caso McLoughlin vs. O'Brian – 1983*; (4) *Caso Brown vs. Board of Education of Topeka – Kansas – 1954*.

o caso, gerando, por exemplo, a possibilidade de que um determinado juiz propondo um conjunto de provas, de leis e precedentes judiciais, afirma que o direito favorece uma determinada parte da ação judicial; outro juiz, propondo um conjunto diferente no mesmo caso, chegue a outro resultado, favorecendo a outra parte do processo judicial. Nesse cenário, Dworkin aponta que as questões de direito são diferentes tanto das questões sobre os fatos históricos, quanto sobre as questões envolvendo discussões morais.

Ao lado desses três tipos de questionamentos, temos as proposições jurídicas, referentes às diversas afirmações que as pessoas fazem sobre aquilo que a lei (direito) lhes permite, proíbe ou autoriza (Dworkin, 2007, p. 6), as quais podem ser analisadas (decidir se são verdadeiras ou falsas) a partir de outras proposições, os chamados fundamentos do direito, que, por sua vez, podem ser de dois tipos: caráter empírico, relacionado àquilo que o repertório de legislação e de decisões judiciais passadas tem a dizer sobre o caso, gerando a divergência empírica; ou se relacionar ao que realmente é o direito a ser aplicado no caso concreto, mesmo quando se está de acordo com a legislação e os precedentes judiciais. A esse último tipo de divergência, denomina de teórica. (Dworkin, 2007, p. 8).

A divergência empírica, conforme aponta Dworkin, por mais complexa que seja, não se apresenta misteriosa, pois não é problemático discutir sobre quais palavras estão nos códigos ou sobre as chamadas questões de fato. Já a divergência teórica mostra-se distinta, pois, ainda que as pessoas estejam de acordo com os fundamentos empíricos, podem dar diferentes respostas sobre o que direito realmente é. Por exemplo, no debate judicial sobre a possibilidade de segregação racial nas escolas americanas, diferentes respostas foram dadas pelos juízes sobre o que significa o direito previsto na Constituição Americana. E sobre essa divergência teórica, Dworkin verifica que não há uma teoria plausível sobre como enfrentá-la. Na realidade, acreditam que ela é uma ilusão e que os advogados e juízes estão de acordo com os fundamentos do direito. Assim, a divergência sobre os fundamentos do direito seria apenas uma simples questão de fato, reduzindo o direito àquilo que as instituições jurídicas, como as legislativas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado (Dworkin, 2007, p. 10). Logo, as divergências sobre os fundamentos do direito (aquilo que leva uma proposição jurídica ser verdadeira ou falsa) poderia ser resolvida com uma vista dos textos que estabelecem essas decisões passadas (leis e precedentes judiciais). Por conseguinte, não haveria sentido em falar em divergência teórica (essa seria uma ilusão), pois aplicar o direito seria apenas dizer o que é o direito e não o que deveria ser, envolvendo apenas uma questão de fidelidade ao direito.

Dworkin, então, põe à prova tal tese (o direito como uma simples questão de fato)

fazendo análise de importantes casos judiciais: *Caso Elmer – 1889*; *Caso Snail Darter – 1978*); *Caso McLoughlin - 1983*; *Caso Brown – 1954*. Em tais casos, Dworkin verifica que as discussões realizadas pelos julgadores não se resumiram a dizer se deviam ou não seguir a lei (questão de fidelidade) ou mesmo de adaptá-la em face da incompletude (criar uma nova norma), mas ocorreu uma controvérsia sobre o que é o verdadeiro direito estabelecido pelas instituições (legisladores, precedentes judiciais), ou seja, ocorreu uma divergência teórica e não apenas uma divergência empírica, como defende a posição filosófica que entende o direito como questão de fato. Desse modo, a prática jurídica refuta a referida tese, não se mostrando apta a estabelecer uma melhor explicação para o direito praticado pelos advogados e juízes. Então, porque insistir que a divergência teórica (ocorrida em tais casos) é apenas uma ilusão? (Dworkin, 2007, p. 38).

Alguns filósofos, conforme aponta Dworkin, vão insistir ainda na tese do direito como simples questão de fato, acrescentando que o que está ocorrendo é, na verdade, uma divergência sobre conceito de direito empregado por cada intérprete, a qual Dworkin denomina de critério semântico do direito, cujas teorias acreditam que não seja possível haver divergência teórica sobre os fundamentos do direito se ocorrer um acordo entre os juristas quanto aos critérios que identificam o conceito de direito:

Dizem eles que a divergência teórica sobre os fundamentos do Direito deve ser um pretexto, pois o próprio significado da palavra "Direito" faz o Direito depender de certos critérios específicos, e que qualquer advogado que rejeitasse ou contestasse esses critérios estaria dizendo absurdos que contradizem a si mesmos. Seguimos regras comuns, afirmam eles, quando usamos qualquer palavra: essas regras estabelecem critérios que atribuem significado à palavra. Nossas regras para o uso de "Direito" ligam o Direito ao fato histórico puro e simples (Dworkin, 2007, p. 38-39).

Conforme descreve Dworkin, primeiramente os filósofos dessas teorias semânticas buscaram definir o significado do que é o direito. Por isso, que as teorias mais influentes, como as elaboradas sob a ótica da filosofia positivista, sustentam que a verdade da proposição jurídica depende de certos eventos históricos. Por isso, John Austin sustentava que uma proposição jurídica é verdadeira se precedente de uma autoridade que ocupe posição de soberania em tal sociedade, ou seja, as decisões históricas tomadas por quem detém poder político. Já o positivista Hebert Hart, por sua vez, propõe que as proposições são verdadeiras em virtude das convenções sociais que representam a aceitação da comunidade dada a determinados indivíduos ou grupos de criar as regras jurídicas (Dworkin, 2007, p. 40-41).

Se a teoria semântica estivesse certa, a resposta para os casos analisados - em que as instituições não tinham decidido expressamente a questão de nenhuma maneira - seria que os advogados que usavam corretamente a palavra "Direito", segundo o positivismo, teriam concordado quanto a não haver direito algum a descobrir. Todavia, conforme os casos analisados, não foi isso que ocorreu. A divergência não foi sobre a natureza do direito (conceito), como defende as teorias semânticas, mas, sim, sobre o conteúdo do direito, o que denota, portanto, que a divergência é de outra natureza (a denominada teórica e não empírica). Nesse sentido:

No caso McLoughlin, os juízes do Tribunal de Apelação realmente pareciam pensar que, sendo os precedentes restritos a danos morais na cena do acidente, não havia direito algum sobre danos morais sofridos longe da cena. e que, portanto, a tarefa que lhes cabia era corrigir a lei, desenvolvê-la no melhor sentido possível, levando-se todos os aspectos em conta. Mas não era esse o ponto de vista da Câmara dos Lordes, em especial o de lorde Scarman, que se achava ligado a princípios fundados nos precedentes. Até onde sabemos, lorde Scarman concordava com os juízes do Tribunal de Apelação que a comunidade como um todo se tornaria pior se concedesse uma indenização em tais circunstâncias. Os diferentes juízes que decidiram o caso da sra. McLoughlin divergiam quanto à força e à natureza do precedente enquanto fonte de Direito, e, ainda que a divergência tenha sido sutil, tratou-se na verdade de uma divergência sobre o conteúdo do direito, não sobre o que se deveria fazer na ausência de direito (Dworkin, 2007, p. 47).

De fato, as discussões judiciais realizadas nos referidos *leading cases* não se resumiram à questão se deviam ou não seguir a lei (questão de fidelidade) ou mesmo de adaptá-la em face da incompletude (poder de criar uma nova norma), mas ocorreu uma controvérsia sobre o que é o verdadeiro direito estabelecido pelas instituições (legisladores, precedentes judiciais), ou seja, ocorreu uma divergência teórica e não apenas uma divergência empírica, como defende a posição filosófica que entende o direito como questão de fato. Os julgadores não diziam que estavam apenas fingindo ou simulando uma divergência sobre o direito a ser aplicado nos referidos casos, para então aperfeiçoar o direito. Nem tampouco afirmavam que estavam apenas optando, de forma arbitrária, uma escolha, diante da incompletude do direito. Logo, a experiência refuta o que a teoria positivista e demais teorias semânticas dizem ser o Direito, e, portanto, não se mostra apta a estabelecer uma melhor explicação para o Direito praticados pelos advogados e juízes, estando essas teorias presas no chamado agulhão semântico:

Os filósofos do Direito em cuja opinião devem existir regras comuns tentam subestimar a divergência teórica por meio de explicações. Dizem que os

advogados e juízes apenas fingem, ou que só divergem porque o caso que têm em mãos se situa numa zona cinzenta ou periférica das regras comuns. Em ambos os casos (dizem eles), o melhor a fazer é ignorar os termos usados pelos juízes e tratá-los como se divergissem quanto à fidelidade ou reforma do Direito, e não quanto ao Direito. Aí está o aguilhão: estamos marcados como seu alvo por uma imagem demasiado tosca do que deve ser a divergência (Dworkin, 2007, p. 56).

Desse modo, os teóricos semânticos não conseguem expor os critérios comuns que os advogados e juízes seguem, porque esses critérios não existem. A prática jurídica é reveladora desse diagnóstico, pois, conforme casos analisados por Dworkin, a controvérsia não se resumiu às divergências empíricas (contexto fático ou sobre as decisões passadas - legislação/precedentes judiciais), mas envolve divergência sobre os fundamentos do que é o direito, sobre quais fundamentos do direito tornam determinada proposição válida (a divergência teórica). A divergência é, portanto, genuína, porque as interpretações conflitantes voltam-se para o mesmo objeto. Logo, não há como fugir da análise filosófica de como se desenvolve a interpretação (e especial, a jurídica), para, então, compreender melhor como se desenvolve (ou deve se desenvolver) o argumento jurídico e, por conseguinte, o direito.

Para tanto, Dworkin destaca a existência de três modos de realizar interpretações: a conversação, na qual a pessoa interpreta sons e sinais que a outra pessoa expressa; a científica, tendo por enfoque os dados coletados; e a artística, na qual se interpretam poemas, peças e pinturas, a fim de justificar o ponto de vista do seu significado ou propósito (Dworkin, 2007, p. 61). Esse último modo de interpretação (artística) é diverso da interpretação científica em razão de que não é uma interpretação causal, mas preocupada com o propósito. Quando se interpreta, por exemplo, um poema, busca-se compreender o propósito ou finalidade da obra. Tampouco a interpretação artística é exclusivamente intencional - no sentido de buscar decifrar de forma neutra as intenções do autor - como ocorre na conversação, pois, como os propósitos são do intérprete, a interpretação envolve as opiniões ou intenções do próprio intérprete¹¹⁶, sem que isso signifique que o intérprete tenha ampla liberdade para fazer da obra qualquer coisa que desejaria que fosse, pois a história e a forma de um objeto limita as interpretações disponíveis, havendo, assim, uma interação entre propósito e objeto.

A interpretação construtiva é adequada justamente por ter lugar dentro das práticas sociais organizadas, cujos conceitos tomam sentido por meio dessa prática e não como algo

¹¹⁶ Aqui Dworkin recorre ao pensamento Gadameriano, ao compreender que a interpretação reconhece as imposições da história, mas ao mesmo tempo luta contra elas.

dado pelo mundo natural (objeto da interpretação científica) e como algo dado pela simples intencionalidade dos autores (interpretação conversacional). Para compreender essa afirmação, Dworkin apresenta os seguintes exemplos:

Considerem, por exemplo, os conceitos que figuram na interpretação estética: os conceitos de romance, ficção, poema, soneto, drama. Esses conceitos ganham vida, ou seja, tomam seu significado e sentido das atividades e dos empreendimentos humanos. Deve ter havido um tempo em que as pessoas primeiro começaram a pensar que inventar uma estória era criar algo. Antes disso, era simplesmente contar mentiras. De repente, contar mentiras torna-se uma maneira de criar arte. Deve ter havido um momento no qual o desenho de um búfalo na parede adquiriu uma nova dimensão de significado como arte. Esse foi o momento no qual ele foi absorvido dentro de um empreendimento humano distinto (Dworkin, 1997, p. 57-58)

A partir desse esquema, Dworkin confirma a semelhança entre a interpretação artística e a jurídica, tendo em vista que ambas requerem que o intérprete busque uma intencionalidade contida no objeto a ser interpretado (*point*). Esse modo de interpretação, adequado às práticas sociais, denomina-se interpretação construtiva, a qual visa impor um propósito ao texto ou a prática social, a fim de obter a melhor luz para aquela prática:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito num objeto ou prática de modo a torna-lo o melhor exemplo possível da forma ou gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue [...] que o intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra qualquer coisa que desejaria que fosse; [...]. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos (Dworkin, 2007, p. 63-64).

E esses conceitos que vão se formando no âmbito de uma prática social são vistos não como sem sentido, mas como benéficos ou válidos em razão de um objetivo ou finalidade, de modo que a interpretação vinculada à prática é regida (e sensível) pelo sentido de finalidade ou propósito ou finalidade que se atribui a essa prática (Dworkin, 1997, p. 66). Assim, ocorre na interpretação do direito, pois entendemos que ele tem uma função na comunidade que pertence (1997, p. 58). Com efeito, “não temos esses empreendimentos simplesmente como rituais. Nós os temos como algo importante, como algo que tem valor.” (Dworkin, 2007, p. 58). Então, a interpretação do direito, denominada de construtiva por Dworkin, é justamente o engajamento desse tipo, no qual as pessoas consideram portadora de um propósito ou finalidade, ainda que haja discordância de qual é o melhor propósito ou a melhor finalidade.

Refinando a interpretação construtiva, Dworkin (2007, p. 81-84) propõe três etapas

a serem seguidas, assim resumidas: (i) a etapa pré-interpretativa, que consiste na identificação dos padrões consensuais (paradigmas) que fornecem o conteúdo da prática social a ser interpretada; (ii) após, segue-se a etapa interpretativa, a qual tem por objetivo apresentar uma justificativa geral para os principais elementos identificados na etapa pré-interpretativa. Isto é, definir o propósito ou finalidade que se ajuste àquela prática social. Isso irá exigir argumentos sobre as razões que justifiquem aquela prática, envolvendo, nessa etapa, uma dimensão argumentativa; (iii) por fim, ocorre a etapa pós-interpretativa ou reformadora, na qual o intérprete deverá verificar qual prática deve ser adotada, por melhor servir à justificativa aceita na etapa anterior. Nessa etapa, o intérprete “ajusta sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer, para melhor servir a justificativa que a lei aceita na etapa interpretativa”. (Dworkin, 2007, p 81-82).

Nessas etapas interpretativas, deve o intérprete embasar suas escolhas mediante convicções que as justifiquem. Na primeira etapa, por exemplo, ele precisa de hipóteses e convicções que sejam compartilhadas, ainda que superficialmente, pela comunidade. Por exemplo, no caso da comunidade hipotética da cortesia, consistiria em identificar as práticas comuns, paradigmas e exemplos que são reconhecidos no cotidiano. Na segunda etapa, as convicções sobre a justificativa precisam se ajustar às características habituais da prática, para que tenha valor como uma interpretação da prática social e não como invenção de algo novo. Na última etapa, deve demonstrar as convicções substantivas, que devem ser independentes das convicções sobre os propósitos, sobre os tipos de justificativas que mostrem a prática a sua melhor luz. Tudo isso se faz necessário para que se possa distinguir interpretação de invenção (Dworkin, 2007, p. 83-84).

Ademais, outro fator apontado como crucial na busca de solidez interpretativa são os paradigmas, que podem ser definidos como os padrões de uma prática aceita na comunidade em determinado momento de sua história (Dworkin, 2007, p. 88). Por exemplo, não temos dificuldade em compreender que são paradigmas jurídicos as matérias (normas jurídicas) que são produzidas por determinadas instituições, como as legislaturas, os tribunais, órgãos administrativos. Assim, o intérprete deve considerar os paradigmas, que como exemplos concretos de qualquer interpretação plausível.

Soma-se a isso a necessidade de que o intérprete considere a identidade institucional daquela comunidade, ou seja, a continuidade histórica das práticas sociais, e estabeleça um “conceito”, consistente numa proposição mais genérica e abstrata sobre a prática social que possa ser compartilhada pelos membros da comunidade. Estar-se-ia, assim, diante de um acordo

pré-interpretativo, que poderia ser ilustrado por um “tronco da árvore”, do qual será possível florescer os refinamentos (ou subinterpretações), que formaram os “galhos das árvores”. Assim, para florescer o empreendimento interpretativo do direito, é preciso haver um consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas, de modo que os aplicadores discutam a melhor interpretação a ser aplicada aos mesmos dados (mesmo objeto)¹¹⁷.

Esse consenso inicial deve encontrar uma definição que a maioria dos teóricos (mesmo com visões conflitantes nos detalhes) reconheça como adequado, de modo que o argumento parta do mesmo patamar. Nessa perspectiva, pode-se compreender como “*Direito o sistema de direitos e responsabilidade que respondem a um complexo padrão*¹¹⁸: *autorizam a coerção porque decorre de decisões anteriores do tipo adequado*” (Dworkin, 2007, p. 116). Todavia, esse conceito é provisório, precisando ser justificado pela interpretação construtiva, já que as teorias semânticas são inadequadas para compreensão da prática jurídica. Para tanto, Dworkin fará uma análise mais detalhada de três “concepções”¹¹⁹ antagônicas do direito (que agrupam várias teorias filosóficas do direito. As concepções são¹²⁰: convencionalismo,

¹¹⁷ Conforme Dworkin (2007, p. 113), “*seria inútil que dois críticos discutissem sobre a melhor interpretação de um poema se um deles tivesse em mente o poema Sailing to Byzantium e o outro estivesse pensando em Mathilda Who Told Lies. Não quero dizer que todos os advogados, sempre e em todos os lugares, devam estar de acordo sobre exatamente quais matérias devem considerar como matérias jurídicas, mas apenas que os advogados de qualquer cultura na qual a atitude interpretativa seja bem-sucedida devem, em grande parte, estar de acordo em qualquer época dada. Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local.*”

¹¹⁸ Conforme justifica Dworkin (2007, p. 116): “*Essa caracterização do conceito de Direito estabelece, de maneira apropriadamente vaga, aquilo que às vezes é chamado de “regra” do Direito. É compatível com um grande número de asserções antagônicas sobre exatamente quais Direitos e responsabilidades, além dos paradigmas tomadas da forma correta e que, por esse motivo, realmente autorizam ou exigem a imposição coercitiva. Parece, portanto, suficientemente abstrato e consensual para proporcionar, pelo menos provisoriamente, a estrutura que procuramos.*”

¹¹⁹ Conforme Flávio Pedron (2009, p. 130), deve-se atentar para a distinção dworkiana entre os termos concepção e conceito: *o contras te entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática* (Dworkin, 2007, p. 87). Nessa lógica, tem-se que um conceito possuiria um conteúdo aberto que admite diferentes concepções, segundo uma perspectiva tomada. Falar em teoria sobre o conceito de Direito seria um retorno à tese semântica que justamente pretende ser combatida; a concepção de Direito, portanto, não está pautada sob regras básicas da linguagem de observação obrigatórias a todos que desejam fazer-se entender, mas antes disso, em uma compreensão interpretativa, temporal, que se mantém graças a um padrão de acordo e desacordo.

¹²⁰ “*As concepções do Direito aprimoram a interpretação inicial e consensual que [...] proporciona nosso conceito de Direito. Cada concepção oferece as respostas relacionadas a três perguntas colocadas pelo conceito. Primeiro, justifica-se o suposto elo entre o Direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os Direito e responsabilidade que ‘decorrem’ de decisões políticas anteriores? Segundo, se tal sentido existe, qual é ele? Terceiro, que leitura de ‘decorrer’ – que noção de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada? A resposta que uma concepção*

pragmatismo e direito como integridade.

4.3.3 As concepções de direito e a teoria do direito como integridade

A concepção do convencionalismo possui a seguinte tese central de que a força coletiva (poder coercitivo do Estado) só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim o autorizou explicitamente, de tal modo que juristas estão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política (Dworkin, 2007, p. 141). Desse modo, concorda com a definição de que o direito é o conjunto de direitos e responsabilidades decorrentes de decisões do passado, de modo que a prática jurídica é uma questão de respeitar e aplicar essas convenções sociais. Na identificação de quais seriam esses direitos e responsabilidades, o convencionalista sustenta que somente sejam aquelas que estiverem explícitas ou, então, que possam ser explicitadas por meio de métodos convencionalmente aceitos. Contudo, tal concepção reconhece que não haverá um direito completo, havendo possibilidade de ocorrerem novas questões não reguladas anteriormente pelas instituições que tem autoridade convencional. Nessa situação, a solução passa, portanto, pela afirmação da discricionariedade judicial, cabendo ao juiz criar o direito para solução do caso.

Como se vê, a concepção do convencionalismo vincula diretamente à teoria positivista do direito. Sua justificativa, para explicar a razão pela qual as decisões do passado devem ser respeitadas no presente, baseia-se no argumento da previsibilidade fruto das convenções passadas. Todavia, esse ideal de expectativas asseguradas não se adequa em grande parte dos casos judiciais, sobretudo naqueles casos que Dworkin denomina de “casos difíceis”. Nessas situações, essa previsibilidade é solapada pela admissão da atuação discricionária do intérprete na escolha da solução para o caso.

Desse modo, o convencionalismo não atende à dimensão do ajuste (ou adequação) da nossa prática jurídica, pois a experiência revela que muitos juízes, mesmo nos casos em que não há convenções expressas no passado, buscam justificar (e defendem como correta) a solução dada para o caso judicial analisado. Além disso, ainda que as convenções passadas não sejam objeto de alteração pela instituição convencional, é comum observar que, na prática, seu

dá a essa terceira pergunta determina os Direitos e responsabilidades jurídicos concretos que reconhece” (Dworkin, 2007, p. 117-118).

conteúdo é modificado por reinterpretções, que transformam a cultura jurídica da comunidade, o que demonstra que a atitude interpretativa floresce independentemente das convenções. Além disso, não consegue explicar a deliberação judicial em casos difíceis, seja ao longo do tempo, já que não consegue descrever por que as práticas jurídicas são modificadas, a despeito da inexistência de alteração formal da convenção. Na dimensão valor ou substância (justificativa para a prática jurídica), o convencionalismo também fracassa, pois não é capaz de manter a justificativa dada para a coerção estatal (o ideal das expectativas asseguradas). De fato, por mais abundantes que sejam tais convenções, haverá situações, e não raras, nas quais elas serão vistas como obscuras ou incompletas. Nessa situação, a justificativa dada pelo convencionalismo desaparece, pois não poderá mais sustentar o ideal das expectativas asseguradas, já que defende que, nessas situações, entrará o poder criador do intérprete.

Já o pragmatismo jurídico, representado aqui pela corrente do realismo jurídico, é uma concepção cética do conceito de direito acima descrito, pois não reconhece direitos ou obrigações jurídicas em razão de decisões passadas. Para essa corrente, *“as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser a decisão judicial que, ao final, se revelar melhor para a comunidade como um todo, sem considerar nenhuma decisão política do passado”* (Dworkin, 2007, p. 180). Assim, se no convencionalismo não há liberdade para alterar as convenções existentes (o direito convencionalizado é posto pelas instituições jurídicas), no pragmatismo isso não ocorre, podendo modificar as regras do passado por acreditar que isso trará maiores benefícios para a comunidade. Não obstante a indiferença pelas decisões do passado, cabe registrar que o pragmatismo reconhece, por questão de estratégia, a possibilidade de leis do passado serem respeitadas nos casos atuais, para que não haja perda de controle do Estado sobre as pessoas, o que tornaria impossível a civilização: *“os juízes devem as vezes agir como se as pessoas tivessem direitos, porque a longo prazo esse modo de agir servirá melhor à sociedade”* (Dworkin, 2007, p. 187). O olhar do pragmatismo volta-se para o futuro, não se exigindo qualquer coerência de princípio com a história institucional:

Por isso, no pragmatismo, parece desaparecer qualquer separação entre legislação e aplicação judicial do direito: juiz, ao se posicionar desvinculado de toda e qualquer decisão política do passado, pode decidir os casos concretos aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Nega-se, portanto, a necessidade de ser observada uma coerência de princípio, já que não se reconhece a importância dessa, ainda mais quando é polêmico e incerto qual seja a exigência de coerência a ser atendida (Pedron, 2009, p. 132)

Ao analisar o pragmatismo na dimensão de adequação à prática jurídica, verifica-se

que somente seria possível seu ajuste caso fosse adotado o pressuposto de que os fundamentos apresentados nas decisões judiciais relativos às decisões passadas são falaciosos, que não devem ser levados à sério, sendo meramente uma questão de estratégia. Todavia, isso revela-se inadequado do ponto de vista geral, considerando que não há nada que comprove que essa deferência às decisões passadas (legislações ou precedentes judiciais) seja apenas uma questão de estratégia. Na dimensão do valor ou substância (justificativa para a prática), o pragmatismo também não constitui a melhor teoria do direito para justificar a coerção estatal. Isso porque sua postura cética em relação ao direito existente possibilita que casos semelhantes sejam tratados distintamente, o que não parece ser uma virtude prezada pela comunidade jurídica, que busca que os “casos semelhantes sejam tratados de forma igual. Exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os cidadãos” (Dworkin, 2007, p. 201).

Dessa forma, tanto o convencionalismo, quanto o pragmatismo falham em justificar nossa prática jurídica. Por isso, Dworkin defende uma terceira concepção de direito, denominada de direito como integridade, a qual é, segundo o Autor, fruto da nossa vida cotidiana, um requisito civilizatório, pois queremos que as demais pessoas, ainda que não compartilhem os mesmos princípios corretos de comportamento, não ajam de modo excêntrico ou caprichoso, mas conforme as convicções que permeiam e configuram suas vidas como um todo (igual respeito e consideração). E essa integridade também se torna um ideal (uma virtude) política quando exigimos que o “*Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos*” (Dworkin, 2007, p. 202).

Para Dworkin, a integridade é uma virtude política independente da equidade¹²¹

¹²¹ Em política, “a equidade é uma questão de encontrar os procedimentos políticos - métodos para eleger dirigentes e tornar suas decisões sensíveis ao eleitorado - que distribuem o poder político da maneira adequada. Em termos gerais, isso atualmente remete - ao menos nos Estados Unidos e na Inglaterra - a procedimentos e práticas que atribuem a todos os cidadãos mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam” (Dworkin, 2003, p. 200).

(também traduzidas por muitos como equanimidade¹²²), justiça¹²³ e devido processo legal adjetivo¹²⁴ (Dworkin, 2007, p. 200). Porém, ela interage com essas virtude, surgindo dessa associação as seguintes exigências: (1) a integridade na equidade requerer que “*os princípios políticos necessários para julgar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados, ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada*” (2) a integridade na justiça exige que “*os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões do Legislativo sejam reconhecidos pelo resto do Direito*”; (3) a integridade no devido processo legal impõe que “*sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do Direito*” (Dworkin, 2007, p. 203).

Dessa forma, o direito como integridade difere de outras duas concepções de direito, denominadas de convencionalismo e pragmatismo. Ela supera o desafio pragmático¹²⁵, que torna os juízes livres da exigência de coerência com as decisões políticas anteriores, explicando

¹²² Expressão utilizada pelo Professor Flavio Pedron (2009, p. 132), citando Cattoni de Oliveira (2001, p. 113): “*Não traduzimos o termo inglês fairness por equidade e sim por equanimidade, a fim de marcar o quadro não-aristotélico em que a Teoria da Justiça de Rawls [bem como, a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin, foram elaboradas], [assim, o termo assume] uma concepção que se pretende procedimental e não substancialista*”. Ressalte-se, ainda, a concepção dada pelo Professor José Ommati (2004, p. 78), que a **equidade também pode ser entendida como certeza ou respeito às regras do jogo**: “*Aqui, algumas palavras devem ser ditas sobre a tradução brasileira da obra de Dworkin. Quando o autor americano faz referência à integridade e fala dos princípios de justiça, certeza do Direito (que também pode ser entendido como respeito às regras do jogo) e devido processo, o autor, para falar da certeza do Direito utiliza o termo em inglês fairness. A tradução brasileira desse termo entendeu fairness como equidade, o que é equivocado. De fato, o termo é de difícil tradução. Fairness pode significar várias coisas: correção, equanimidade, justiça. Esses significados são, digamos assim, mais rebuscados. Mas, em um sentido mais pobre, e entendo que esse é o utilizado por Dworkin, significa também certeza, no caso, do Direito, ou respeito às regras do jogo.*”

¹²³ Sob aspecto estritamente político, “*a justiça, pelo contrário, se preocupa com as decisões que as instituições políticas consagradas devem tomar, tenham ou não sido escolhidas com equidade, se aceitarmos a justiça como uma virtude política, queremos que nossos legisladores e outras atividades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável*” (Dworkin, 2002, p. 200).

¹²⁴ Sob aspecto estritamente político, “*o devido processo legal adjetivo diz respeito a procedimentos corretos para julgar se algum cidadão infringiu as leis estabelecidas pelos procedimentos políticos; se o aceitarmos como virtude, queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação*” (Dworkin, 2003, p. 200).

¹²⁵ O desafio pragmático refere-se à crítica a ideia de pretensões juridicamente tuteladas. Com efeito, o pragmatismo indaga que “*se as decisões judiciais e as opiniões polemicas são, de qualquer modo, inevitáveis, por que a controvérsia não deveria votar-se para o que realmente importa, para a decisão que produzirá a prática menos ineficiente ou que reduzirá ao mínimo a ocorrência de injustiça no futuro?*” (Dworkin, 2007, p. 199). A esse ceticismo em relação às convenções do passado e, especialmente, à coerência de princípios, é que a Dworkin busca superar com o ideal da integridade.

porque se deve atribuir ao passado um poder especial, pedindo que os responsáveis pela aplicação da lei “*devem conceber o corpo do Direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante*” (Dworkin, 2007, p. 203). Além disso, é mais inflexivelmente interpretativa, no sentido que a interpretação envolve uma totalidade de passado, presente e futuro. Entende a importância da história, pois os direitos e responsabilidades decorrem de decisões do passado, que, por essa razão, justifica a coerção ou força pública, a qual contém, além do conteúdo quando explícito, o sistema de princípios que os justificam (Dworkin, 2007, p. 274). Assim, começa no presente e volta ao passado, não para recuperar as ideias ou intenções dos legisladores que criaram o direito, mas para justificar a prática atual em uma história digna, de modo que a “*prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.*” (Dworkin, 2007, p. 274).

Por outro lado, Dworkin esclarece que a integridade pode ocorrer tanto na legislação (*legislative principle*), quanto na aplicação judicial do direito (*adjudicative principle*). Na primeira, ela exige que os legisladores tornem o conjunto de leis moralmente coerentes. Na segunda (objeto da presente pesquisa, por conectar à segurança jurídica na aplicação do direito), Dworkin, tomando como base a interpretação construtiva, desenvolve uma analogia entre literatura e direito, que denomina de “romance em cadeia” (Dworkin, 2007, p. 276-280). Nesse projeto, cada autor deve escrever um novo capítulo de um romance em série, criando da melhor maneira o texto unificado. Assim, cada autor deve criar o melhor romance possível, como se fosse obra de um único autor, exigindo uma série de avaliações gerais na medida em que escreve, para que haja coerência na trama desenvolvida. Certamente, cada autor do romance deverá considerar qual é a teoria ou o ponto de vista do romance que está sendo construído, de modo a trabalhar os personagens, gênero, tema, trama, objetivos, como uma continuação do romance e não um novo começo (Dworkin, 2007, p. 277). Na aplicação do direito, esse “romance em cadeia” irá exigir:

Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor que se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe é entregue. [...] Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto, deve possuir um poder de explicação geral, e será mal-sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto [...]. Ele pode não achar nenhuma interpretação isolada se ajusta ao

conjunto do texto, mas que mais de uma faz. A segunda dimensão da interpretação vai lhe exigir então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta a obra em desenvolvimento, depois de considerado todos os aspectos da questão (Dworkin, 2007, p. 276).

O que se espera do direito, assim como ocorre no romance em cadeia, é que haja a unidade, seja íntegro, e não como uma série de contos independentes, de tal modo que a atividade decisória do juiz seja produzida num constante e franco diálogo com a história institucional da sociedade. Conforme analisa Habermas (2020, p. 272-274), a proposta de Dworkin tem a grande vantagem de intentar construir uma decisão coerente, não com base exclusiva em princípios abstratos de justiça, mas em princípios válidos na história institucional do Estado, que tornem a decisão singular coerente com o direito como um todo (romance em cadeia). Por conseguinte, a adoção da ideia de continuidade do direito impede a interpretação arbitrária ou discricionária, pois impõe ao intérprete a “*responsabilidade de construir e atualizar o empreendimento jurídico, levando em consideração as decisões anteriores, da mesma maneira como um conjunto de escritores escrevem os capítulos do romance*” (Morais, 2010, p. 198).

O sucesso da integridade na jurisdição requer que a interpretação passe nas duas dimensões vistas anteriormente em relação a outras concepções. A primeira, a dimensão da adequação, requer que a interpretação se ajuste à prática jurídica real, isto é, deve haver uma afinidade (um ponto de apoio ou fundamento) entre o princípio que a interpretação recomenda e a práticas jurídicas passadas da comunidade. Isso limita as preferências pessoais em questão de justiça, diante da necessidade de coerência com a história jurídica da comunidade. A segunda, a dimensão da matéria ou substância, estabelece que na hipótese de haver mais de uma interpretação em sentidos diferentes, será exigido do intérprete que “julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta a obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão” (Dworkin, 2007, p. 278). Isto é, deve justificar a preferência por uma determinada interpretação em razão de ela refletir melhor a moralidade política presente na comunidade (torne o romance substancialmente melhor). Registre-se que nessa etapa, as questões de adequação também farão mais uma vez necessárias, devendo ser constantemente revisto se a interpretação depurada permanece adequada às instituições e decisões passadas da comunidade.

Para demonstrar essa complexa estrutura da interpretação jurídica, Dworkin cria a figura de um juiz imaginário, a quem dá o nome de Hércules. Esse personagem aceita a concepção teórica do direito como integridade, sendo capaz de resolver os casos difíceis por

meio do exame completo da legislação, dos precedentes e dos princípios aplicados ao caso. Através da figura de Hércules, Dworkin explora a atividade jurisdicional, por meio de argumentos que poderiam ser desenvolvidos em situações concretas de uma decisão judicial¹²⁶, aprofundando, assim, seus argumentos sobre sua tese da integridade.

Ressalte-se, porém, que o direito como integridade, centrada na figura do juiz Hércules, não está imune às críticas¹²⁷, dentre as quais podem ser destacadas as seguintes: (i) a concepção do direito como integridade ignora o verdadeiro direito (haveria um erro interpretativo), possibilitando que Hércules substitua suas próprias convicções ao verdadeiro conteúdo do direito; (ii) a objeção de que Hércules seria um impostor (um fraude), justificada pelo fato de que, em situações nas quais, mesmo após o teste de adequação, permanecesse mais de uma interpretação possível, a escolha entre essas seria uma questão de decisão política, pois a moral é subjetiva (ceticismo moral); (iii) a de que Hércules é um juiz solipsista, conforme, por exemplo, a crítica de Habermas (1997, p. 276-280), porquanto Hércules é um juiz dotado de habilidades sobre-humanas, capaz de decidir solitariamente, num processo monológico de busca da resposta correta; (iv) não há respostas certas quando não se tem como provar que essa resposta é melhor do que outras.

Contudo, tanto a primeira quanto a segunda objeção são desprovidas de sustentação racional, tendo em vista que revelam uma posição interpretativa do que seria o conteúdo do direito, inexistindo tal neutralidade que o argumento tenta pressupor, diante da natureza interpretativa do direito. Ou seja, quando se diz que o intérprete está substituindo o direito por suas próprias convicções, só faz sentido se já pressupor uma outra resposta diferente da que chegaria o intérprete aplicando o ideal da integridade, caso contrário, estar-se-ia diante de uma objeção vazia, sob o fetichismo do ceticismo exterior. De fato, é uma posição cética, que não é engajada com os argumentos que pretende desqualificar.

Ademais, se Hércules leva a sério a virtude da integridade, buscando os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar, através de uma interpretação construtiva do direito, que considera as decisões políticas passadas. A decisão tomada por Hércules valoriza e é coerente com o conceito de direito compartilhado na comunidade jurídica. Aliás, se essa crítica for aceita, é preciso lembrar que a atuação livre do julgador é muito mais nefasta nesse aspecto, pois permite que adote suas próprias concepções, conforme lhe convier,

¹²⁶ Dworkin explora, especialmente, o caso *McLoughlin*, apontados as diversas hipóteses argumentativas que poderiam ser engendradas em uma decisão judicial sobre o caso. (Dworkin, 2007, p. 288-299).

¹²⁷ Essas objeções foram resumidas por Dworkin na obra *Império do Direito*. (Dworkin, 2007, p. 310-312).

sem restrição de coerência com o passado. Nesse sentido, arremata Dworkin:

Como pode ser mais equitativo fazer valer as convicções dos juízes sobre o melhor futuro, sem as restrições de qualquer exigência de coerência com o passado, do que fazer valer os juízos mais complexos, mas não menos polêmicos, que o Direito como integridade exige?" (Dworkin, 2007, p. 315).

Quanto à crítica de ser Hércules um juiz solipsista também não se sustenta quando se compreende adequadamente o romance em cadeia Dworkiniano, pois exige a compreensão que a atividade decisória não se produz no vácuo, mas sim em um diálogo constante com a história institucional da sociedade (Pedron, 2009, p. 133). Além disso, outro pressuposto fundamental para afastar tal crítica é a compreensão da comunidade de princípios¹²⁸, na qual as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns concebidos como um empreendimento coletivo de todos os cidadãos, e não uma questão de interesses particulares ou um jogo de interesses entre maioria e minoria. Uma característica importante nesse modelo é a ideia de igual respeito e consideração, de modo que ninguém seja excluído. Nas palavras de Dworkin:

Torna específica as responsabilidades de cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que essas responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total. O interesse que expressa não superficial como o falso interesse que encontramos no modelo das regras, mas verdadeiro e constante. Manifesta-se assim que a política se inicia, e é mantido pela legislação que rege a prestação jurisdicional e sua aplicação. Os atos políticos de todos exprimem sempre, ao se mostrar como devem ser as regras e de que modo se devem aplicá-las, um profundo e constante compromisso que exige sacrifício, não apenas por parte dos perdedores, mas também dos poderosos que teriam a ganhar com o tipo de conluio e soluções conciliatórias que a integridade proíbe. Sua base racional tende para a igualdade no sentido que requer a quarta condição: sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de

¹²⁸ Esse modelo concorda “[...] com o modelo das regras [no sentido de] que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem uma natureza diferente. É uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção deve ter de justiça, [equanimidade] e [devido] processo legal e não a imagem diferente, apropriada a outros modelos, na qual cada pessoa tenta fazer valer suas convicções no mais vasto território de poder ou de regras possíveis (Dworkin, 1999, p. 254).

acordo com uma concepção coerente do que isso significa (Dworkin, 2007, p. 257)

Nesse contexto, percebe-se o equívoco de se imputar a Hércules a pecha de um juiz solipsista, pois, conforme expõe Dworkin (2007, 307), Hércules é um membro dessa comunidade e, por isso, suas decisões devem refletir comprometimento com ela, demonstrando que compartilha dos mesmos princípios. Ou seja, o julgador deve colocar-se na perspectiva de integrante da comunidade, assumindo como tarefa o fato de que “*o Direito será escolhido, alterado, desenvolvido e interpretado de um modo global, fundado em princípios*” (Dworkin, 2007, p. 258). Assim, o juiz não é um ator solitário na função de interpretar o direito, mas um encarregado (agente da comunidade) de aplicar coerentemente as regras e princípios, que são frutos de debates interpretativos, nos quais o papel do cidadão e a discussão pública são cruciais.

Por fim, quanto à reiterada crítica à tese da “resposta correta”, argumentam os críticos que, para ser possível afirmar que uma preposição jurídica seja verdadeira, ela precisa ser demonstrada. É a chamada tese da demonstrabilidade: “*apenas questões que podem ser demonstradas, ou provadas, verdadeiras, são capazes de serem verdadeiras ou falsas*” (Guest, 2010, p. 152). Primeiramente, é preciso destacar que integridade, ainda que gere divergências interpretativas sobre os princípios vigentes na comunidade, se sobressai melhor do que as outras concepções interpretativas do direito que permitem ao juiz criar um direito novo, como ocorre no pragmatismo ou no convencionalismo, quando se está diante dos chamados casos difíceis. Sobre esse ponto, Dworkin assevera:

Nossas razões persistem quando os juízes divergem, pelo menos em detalhe, a propósito da melhor interpretação da ordem política da comunidade, pois cada juiz confirma e reforça a natureza de princípios de nossa associação ao se esforçar, a despeito da divergência, por chegar a sua própria opinião em vez de voltar-se para a tarefa geralmente mais fácil de elaborar um direito novo (Dworkin, 2007, p. 315).

Por outro lado, a tese da demonstrabilidade é facilmente afastada no campo do direito, em razão de que é enganador querer achar um argumento independente, que esteja a salvo de indagações de veracidade absoluta. Se isso fosse verdadeiro, essa objeção se aplicaria ainda com mais força ao pragmatismo e ao convencionalismo. Veja, por exemplo, o caso do positivismo jurídico, no qual a sustentação de que uma lei é verdadeira em razão de que ela decorre de uma regra de reconhecimento (Hart) ou com uma norma hipotética fundamental (Kelsen). Assim, como demonstrar a veracidade dessa regra suprema? De igual modo, em relação ao pragmatismo, como demonstrar que a decisão baseada em convicções pessoais do

julgador sobre o que é melhor para o futuro da sociedade pode ser demonstrada? Desse modo, a tese da demonstrabilidade traduz uma incompreensão ao que Dworkin entende como “resposta correta”, conforme aponta Stephen Guest:

Penso, entretanto, que o caso a ser feito para a adoção da tese da demonstrabilidade no Direito vem a ser não mais do que o caso do positivismo. É, presumivelmente, que as leis devem ser vistas como “existentes, isto é, como sendo verdadeiras ou falsas, ou válidas ou inválidas, quando sua existência, verdade ou validade puder ser demonstrada (digamos) por referência a uma prática oficial factual, para que o defeito da incerteza seja curado [...]. Os argumentos contra essa visão [tese da demonstrabilidade], porém, são argumentos que abordam o problema do que é uma concepção sensata do Direito e do argumento jurídico, e não de argumentos que dependam de uma ideia fixa e imutável de “verdade” que esteja “aí no mundo”. Em outras palavras, é enganador o apelo à tese da demonstrabilidade como se ela fosse um argumento independente (Guest, 2010, p. 153).

E para aqueles que dizem que a moralidade é subjetiva, de modo que não existe verdade ou falsidade sobre questões morais profundas, Dworkin aponta que, nesse caso, os adeptos dessa posição deveriam assumir uma posição cética sobre a questão moral em discussão, abdicando de sua opinião pessoal. No entanto, quando confrontados, as pessoas, em sua maioria, preferirão manter suas convicções, o que demonstra, então, a incorreção do argumento cético, de modo que há, sim, a possibilidade de discutir a moralidade e, a partir, de então, apresentá-la como propósito para fins de interpretação do direito:

Muitas pessoas, que agora tenho em mente, dizem-me que não existe uma única resposta correta para essas questões tão difíceis com as quais a Suprema Corte lida. Eu, então, indago: por que isso? E falo sobre a interpretação, de como ela relaciona Direito, moral e política. E, aí, os alunos me respondem: "Arrá! Bem que nós dissemos. Pois agora você diz que o Direito depende da justiça e todos sabem que a justiça é apenas subjetiva". Então indago a eles: vocês têm uma opinião formada a respeito do aborto enquanto questão moral? Aí cada um tem uma opinião diferente. Muitos dizem: "O aborto é um crime". A maioria costuma dizer: " A legislação antiaborto é tirânica". E eu digo: vocês efetivamente acreditam nessas opiniões? E eles respondem: "Claro que sim, inclusive vou participar de uma passeata esta tarde carregando faixas defendendo essas opiniões". Replico: "Mas vocês disseram que não existe uma resposta correta em matéria política, que esta não passa de uma questão de opinião...". Aí então eles pensam e respondem: " Ah, mas essa é a minha opinião". Bem, a contradição é evidente, não é mesmo? Com certeza é logicamente possível assumir uma posição absolutamente cética sobre o aborto, ou sobre qualquer outra matéria referente à justiça política ou social. Mas aí é preciso que você desista de sua opinião pessoal. E a maioria das pessoas confrontadas com essas questões vão preferir desistir da filosofia ruim a deixar de sustentar intensamente suas convicções (Dworkin, 1997, p. 70-71)

Com efeito, a afirmação vazia de que não há nenhuma resposta correta com base no argumento de que as pessoas têm culturas diferentes ou opiniões diferentes demonstra o chamado ceticismo exterior de Dworkin (2007, p. 96-103), pois não é comprometido com nenhuma resposta e não contesta nenhuma interpretação específica. Trata-se, assim, apenas de uma visão metafísica, não engajada com nenhum procedimento de interpretação. A visão cética, para contrapor, precisa comparar as razões e argumentos dados com as razões contrárias que ele aponta, sob pena de nada contribuir para esclarecer quais seriam os erros interpretativos. Para Dworkin, a incerteza que lhe tenta impor a sua tese (de que não existe resposta correta) seria, na realidade, fruto de uma incerteza moral ou de política da comunidade e não do direito:

Se somos céticos a respeito do Direito, se queremos dizer: "Oh, não existe uma resposta correta para um caso realmente difícil", isso deve ser porque somos céticos em relação à moralidade política. Se pensamos existir uma resposta correta para as questões de justiça, pensamos, assim, que existem respostas corretas para as questões de Direito, mesmo para as mais intrincadas e sobre as quais os professores de Direito e os juízes discordem (Dworkin, 1997, p. 69).

De fato, quando dizemos que para algo não existe resposta correta, já estamos realizando um julgamento: *“o que vale como verdadeiro é julgamento do mesmo tipo em relação àquilo que é verdade”* (Guest, 2010, p. 154). Assim, quando alguém diz que não há resposta correta para a questão de os abortos serem moralmente justificados, já está realizando um julgamento moral sobre o aborto. A única resposta correta não é uma verdade factual, moral ou interpretativa, mas funciona como um princípio norteador das decisões em casos concretos. Ou seja, dentro de um leque de opções, uma decisão será sempre melhor do que outra. Na realidade, a “resposta correta” consiste em uma resposta adequada para o caso concreto, levando em consideração a integridade do direito, ou seja, a narrativa do caso concreto e todo o processo de compreensão dos princípios jurídicos ao longo da história institucional de uma comunidade. O direito como integridade não busca identificar o direito como apenas um relato factual das convenções do passado ou como um programa do que é melhor para o futuro. Sua base teórica tem como pressuposto o entendimento de que o direito é um conceito interpretativo que deve considerar a prática jurídica como uma política em processo de desenvolvimento, de forma coerente com os princípios consolidados da comunidade ou Estado (Dworkin, 2007, p. 271).

Portanto, sua grande atração, diferentemente das outras concepções, decorre da crítica

contundente à discricionariedade judicial na aplicação do direito. Conforme visto, o convencionalismo, em razão do seu apego às decisões do passado, incorre em contradição com o seu mote da previsibilidade (ideal das expectativas asseguradas), quando admite que nos casos em que há o que denomina “lacunas do direito” o juiz atuará conforme seu livre discernimento. De igual modo, o pragmatismo, por negar as convenções do passado, identificando o direito como as concepções que cada juiz faz sobre o que é melhor para o futuro, enseja um “direito sem direitos”, no qual resta fulminada a coerência com o passado, não havendo qualquer garantia de que a decisão estará de acordo com as consequências que previu como melhores no momento em que proferida, e também a uniformidade do direito, diante da possibilidade de diferentes concepções de cada intérprete sobre o que é melhor para o futuro da comunidade.

Nessa senda, a virtude da integridade mostra-se importante ferramenta para interpretação de princípios constitucionais, tendo em vista que não se busca romper com a subjetividade e discricionariedade do intérprete, tão familiar ao positivismo jurídico. Pelo contrário, impõe ao intérprete, diante do caso concreto, revelar o direito aplicável sob a sua melhor luz, valendo da interpretação construtiva, que considera a coerência de princípios existente naquela comunidade vista como um ente personificado, que possui uma moral própria e distinta dos indivíduos, os quais se sentem como autores das decisões políticas, fortalecendo a autoridade moral do direito e o dever de respeito às obrigações políticas e jurídicas. Ademais, a concepção do direito como integridade, ao exigir um ônus argumentativo do intérprete, corrobora para legitimação da decisão judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

Este ônus argumentativo é o que torna a proposta de Dworkin mais apropriada à legitimação da decisão judicial no contexto do Estado Democrático de Direito, pois é intransigente com o decisionismo à medida em que não deixa margem a escolhas arbitrárias e injustificadas. E é por isso que Dworkin atribui, ironicamente, esta imensa tarefa ao juiz Hércules, um semi-deus capaz de executar coisas extraordinárias. Em síntese, a ideia de uma única decisão mais adequada a um caso deve ser entendida como condição contra-factual de legitimidade já que exclui a possibilidade de arbítrio, ao invés de entendê-la enquanto afirmação categórica sobre a impossibilidade de existirem dúvidas interpretativas sobre uma questão (Martins; Ferri, 2006, p. 283).

Por fim, registre-se que a atratividade dessa concepção teórica não é afeta apenas às ordens jurídicas vigentes nos países anglo-americanos, mas, também, é perfeitamente compatível com outros sistemas jurídicos, como, no caso, o brasileiro. Em que pese a distinta fonte do sistema jurídico brasileiro (*civil law*), a teoria de Dworkin não se restringe aos sistemas

jurídicos que seguem o *comon law*. Além do mais, o sistema jurídico brasileiro possui instrumentos jurídicos que impõe a necessidade do debate interpretativo, na qual o papel dos sujeitos processuais é de fundamental importância para a construção da decisão, destacando, nesse aspecto, o princípio do contraditório. Além do que, há cada vez mais mecanismos que geram vinculações às decisões já proferidas por outros órgãos, tal como se verifica no direito inglês, conferindo grande força ao chamado sistema dos precedentes¹²⁹.

¹²⁹ No caso do Direito brasileiro, observa-se uma série de medidas que vem sendo tomadas nos últimos anos nas reformas processuais e constitucionais, tendo por objetivo uma uniformização do entendimento jurisprudencial. Veja, por exemplo, o art. 103-A da Constituição Federal de 1988, ao regulamentar a Súmula Vinculante, que passa a ser vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Igualmente, pode se citar o art. 489, VI, do CPC, que determina a observância pelos juízes dos precedentes, de modo que se a sentença judicial deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

- CAPÍTULO IV -

5 A RECOMPREENSÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Conforme estudado no capítulo anterior, a teoria positivista do direito, não obstante sustentar o primado da lei como garantidor da segurança jurídica, entrou em contradição ao admitir a atuação discricionária do intérprete. Essa posição abalou aquilo que defendia como sendo seu maior trunfo em relação ao jusnaturalismo, qual seja, a garantia da segurança jurídica, revelando, assim, o seu paradoxo. Por outro lado, o realismo jurídico entende que a produção jurídica do passado não rege a aplicação do direito, repousando a decisão judicial em uma ampla discricionariedade judicial. Assim, trata-se de uma teoria realmente cética quanto à segurança jurídica, conforme definição apresentada no segundo capítulo. Por isso, o direito como integridade revelou-se como uma teoria mais atrativa para segurança jurídica, por criticar a discricionariedade judicial e estabelecer uma nova proposta teórica, que considere a natureza interpretativa do direito e sua história institucional.

Desse modo, chegou o momento de expor as transformações que passaram o direito contemporâneo nas sociedades modernas (plurais e complexas), marcadas pela “era dos princípios”¹³⁰ e pelo paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito. Essa nova fase do constitucionalismo tem gerado grandes debates na teoria constitucional sobre como controlar racionalmente a interpretação-aplicação desses textos normativos. Isso porque, as disposições normativas passaram a ser veiculadas em textos semanticamente abertos, sem indicação das consequências imediatas que ocorrerão em caso de sua incidência. E essa indefinição semântica dos princípios amplia a desconfiança quanto à possibilidade de se obter previsibilidade do direito no constitucionalismo contemporâneo.

Diante desse cenário, apresentam-se duas possibilidades de caráter opositivo. A primeira, é aquela caracterizada pela posição cética, no sentido de que segurança jurídica é apenas um mito, não havendo como coibir o decisionismo judicial. Nesse aspecto, levada às últimas consequências, a decisão judicial não se diferenciaria de uma aleatoriedade dada por um jogo de dados. A segunda, é a defesa da possibilidade de garantir segurança jurídica no

¹³⁰ A expressão é encontrada em vários autores relacionando-se ao paradigma pós-positivista do Direito. Nesse sentido, é o artigo do Prof. Luiz Augusto Crispim, sob o título “O Direito contemporâneo e a era dos princípios”. (Crispim, 2011, p. 19).

constitucionalismo contemporâneo, por entender que a concepção democrática do direito não coaduna com o subjetivismo interpretativo e as decisões judiciais não podem ser tratadas como atos de vontade subjetiva da autoridade judiciária.

Desse modo, se não concordamos com a solução cética, o que representa nossa visão na presente pesquisa, por entender que ela difere do que a maioria das pessoas pensam sobre “o que é o direito”, necessário romper com as limitações do textualismo ou do conceitualismo positivista e apresentar soluções asseguradoras, que vão ao encontro da finalidade da segurança jurídica no direito, que é de proporcionar que as expectativas recíprocas estabelecidas pelas normas jurídicas (direito) sejam - de fato - asseguradas aos cidadãos.

5.1 As transformações ocorridas no Direito contemporâneo (o neoconstitucionalismo):

A Segunda Guerra Mundial marcou um divisor de águas na história dos direitos humanos¹³¹. O regime nazista mostrou a fragilidade da democracia e das conquistas de direitos advindas de lutas políticas durante séculos. A busca de poder e a crença na superioridade de um povo levou a supressão de diversos direitos individuais e até mesmo a negação da humanidade de diversas pessoas. Cite-se, nesse sentido, as chamadas leis raciais na Alemanha Nazista, com destaque para a Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, que proibia o casamento e relações sexuais entre judeus e alemães; a Lei de Cidadania do Reich, que estabelecia que apenas pessoas com sangue alemão eram elegíveis como cidadãos, sendo os demais classificados como sujeitos do estado, sem qualquer direito de cidadania¹³².

Esses fatos históricos provocaram, por conseguinte, uma necessidade de rediscussão teórica do direito, tendo em vista que o modelo dominante do positivismo jurídico passou a enfrentar forte desconfiança, em razão da sua posição metodológica de validade da norma jurídica a partir de um critério formal, que era independentemente do seu conteúdo. De fato, ao se considerar que a positivação da norma pela autoridade competente tem caráter legitimador

¹³¹ Sobre o tema, vide obra *Breve História dos Direitos Humanos* de Alessandra Facchi (Facchi, 2011).

¹³² Maiores detalhes sobre as leis raciais da Alemanha Nazista, confira-se a obra *O Terceiro Reich no Poder*, de Richard. J. Evans (Evans, 2014).

da ordem jurídica, resta a possibilidade que Estados pratiquem a barbárie em nome da lei¹³³. Isso ficou bem revelado por ocasião do chamado Julgamento de Nuremberg, no qual foram instalados uma série de tribunais militares internacionais, após a Segunda Guerra Mundial, para julgamento de proeminentes membros da liderança política e militar da Alemanha nazista. Durante o julgamento, os acusados invocaram, como principal tese de defesa, que estavam atuando em cumprimento às ordens legais.

Diante dessas experiências históricas, passou-se a reverberar o pensamento que o direito não pode ser validado por aspectos meramente formais, exigindo também uma validação de conteúdo. Ou seja, é necessário que o direito seja avaliado por critérios de justiça, sedimentados em princípios morais construídos ao longo dos tempos pelo processo civilizatório da humanidade. Com isso, haveria possibilidade de invalidação das leis que lhe forem contrárias, independentemente se elaboradas em conformidade com o processo formal legislativo. Com efeito, a assimilação que as maiorias políticas de ocasião podem praticar barbáries, implicou a necessidade de redefinição do papel da constituição, bem como a instituição de mecanismos mais fortes para a proteção dos direitos fundamentais, ainda que contra a vontade do legislador. Nesse sentido, ocorre uma ampliação da positivação dos direitos fundamentais nas constituições, com instituição de garantias que impeçam suas modificações, consubstanciados nas chamadas cláusulas *pétreas*, bem como o fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade pelo poder judiciário.

Por conseguinte, a chamada cultura jurídica “legicêntrica”¹³⁴, que trata a lei editada pelo parlamento como fonte principal do direito, perde espaço para uma nova cultura jurídica

¹³³ Não obstante, ao menos no campo do Direito penal, conforme aponta Ingeborg Maus, não foi o enfoque legalista do positivismo responsável pelas arbitrariedades praticadas, tendo em vista a possibilidade do juiz atuar com base no “sadio sentimento popular” ou em nome do “escopo fundamental do Direito penal”, indo além, portanto, do Direito legislado: “[...] Deste modo, aparece nas ‘Cartas aos Juízes’ nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como um importante garantia para a ‘correta’ jurisprudência, cujas tarefas ‘só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta’; a magistratura deveria representar a ‘elite nacional’. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o ‘juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do Direito positivo’.” (Maus, 2000, p. 197).

¹³⁴ Válido lembrar que no paradigma do Estado liberal, o Direito de limitava à condição de instrumento apto a proteger a sociedade dos arbítrios praticados pelo Estado outrora absolutista. O judiciário (ainda ocupado por representantes do *Anciën Regíme*) era visto com forte desconfiança, de tal forma que o parlamento era o poder de onde emanava a vontade da sociedade burguesa. A interpretação se resumia ao exercício silogístico de subsunção entre fato e norma. Contudo, como alguns raciocínios não se mostrava tão claros assim, sobretudo quando a norma não fosse clara o suficiente, permitindo mais de uma interpretação, seria papel do juiz decidir com base no seu poder discricionário.

centralizada na constituição, que passa a conter importantes normas substantivas sobre uma variedade de direitos, veiculadas por enunciados semanticamente abertos caracterizados como princípios. Essa mudança dá ensejo ao fenômeno denominado de constitucionalização do direito¹³⁵, que impôs um efeito expansivo das normas constitucionais sobre toda a ordem jurídica de Estado, impactando na definição do sentido (interpretação) das normas constantes da legislação infraconstitucional. Por conseguinte, dizer o que é o direito no caso concreto, requer, muitas vezes, definir o sentido de enunciados constitucionais, como dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, solidariedade, entre outros.

A par disso, o papel do judiciário se torna cada vez mais amplo, gerando a expansão da judicialização da política e das relações sociais, tendo em vista a necessidade de determinação do conteúdo desses princípios constitucionais, impactando, inclusive, na relação entre poderes estatais¹³⁶. Para tal tarefa, a doutrina desenvolve novos métodos hermenêuticos para aplicação dessas normas constitucionais, para além da subsunção, tendo destaque, por exemplo, a chamada técnica da ponderação¹³⁷ ou o uso frequente do princípio da proporcionalidade¹³⁸. Além disso, visando fornecer legitimidade para a tomada de decisão, ocorreu também o desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica, diante da necessidade de lidar com o aspecto moral do direito¹³⁹.

A essas transformações que ocorrem na cultura jurídica contemporânea, tem se denominado de neoconstitucionalismo, cuja terminologia, conforme indica Ricardo Martins

¹³⁵ Sobre tal fenômeno jurídico, Luis Roberto Barroso assim define: “A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do Direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares” (Barroso, 2006, p. 11).

¹³⁶ Sobre esse ponto, vide tópico 1.2 do Capítulo da presente tese.

¹³⁷ Há vasta literatura sobre a ponderação, mas a obra mais influente sobre o tema é certamente o livro de Robert Alexy. *Teoria dos Direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹³⁸ Os estudos doutrinários sobre o princípio da proporcionalidade são vastíssimos. No Brasil, cite o professor Virgílio Afonso da Silva, *O proporcional e o razoável*, 2012; e Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e Direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 297-382.

¹³⁹ Aqui compreendido como os mais importantes valores humanitários consagrados ao longo do tempo em determinada sociedade.

(2017, p. 13), é oriunda da Escola Genovesa¹⁴⁰, sendo essa expressão utilizada publicamente, pela primeira vez, por Susanna Pozzolo, por ocasião do XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para se referir a um “*grupo de jusfilósofos que compartilham um peculiar modo de pensar o Direito, tais como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino*”. Por sua vez, o Professor italiano da Universidade de Trieste, Mauro Barberis, é considerado o primeiro Autor a propor um conceito para o neoconstitucionalismo, definindo-o como uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, segundo a qual haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral no Estado Constitucional (Martins, 2017, p. 13).

Ainda na Escola Genovesa, Paolo Comanducci realizou a problematização da expressão, tendo como base na classificação adotada por Norberto Bobbio para o positivismo¹⁴¹. Assim, conceitua o neoconstitucionalismo sob os aspectos teóricos, ideológicos e metodológicos: a) como *teoria*, caracteriza-se por uma “Constituição invasora”, em que há um catálogo de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, submetidos a uma peculiar interpretação e aplicação, tendo em vista a interpretação e aplicação das leis; b) como *ideologia*, caracteriza-se pela assunção da garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal, sendo que a obediência ao direito só é justificada na medida em que concretiza os valores associados aos referidos direitos, colocando em segundo plano o objetivo, próprio do constitucionalismo, de limitação do poder; e c) como *metodologia*, caracteriza-se pela conexão necessária entre o direito e a moral.

Já na tradição espanhola, cite-se, por todos, Miguel Carbonell, organizador de uma conhecida coletânea sob o título de *Neoconstitucionalismo(s)*¹⁴². Segundo Miguel Carbonell, o neoconstitucionalismo desdobra-se em três planos de análise que se conjugam: o dos *textos constitucionais*, que se tornaram mais substantivos e incorporaram amplos elencos de direitos

¹⁴⁰ Posteriormente, a expressão neoconstitucionalismo também adotada pelos constitucionalistas espanhóis e latino-americanos

¹⁴¹ Segundo Bobbio, o positivismo jurídico como “modo de abordar ou de estudo do Direito – caráter metodológico” caracteriza-se pela distinção clara entre o Direito real e o Direito ideal, o Direito como é e o Direito como deve ser e considera que a preocupação do jurista deve recair sobre o primeiro e não sobre o segundo. A característica fundamental consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico; o positivismo como “teoria do Direito” consiste numa concepção peculiar do Direito em que ele é associado a um poder soberano capaz de exercer coação, referindo-se a uma concepção estatalista do Direito; o positivismo como “ideologia” atribui um valor positivo ao Direito existente e considera que a lei deve ser cumprida porque é a lei, exprimindo uma forma de querer o Direito. (Bobbio, 1995, p. 131 e ss).

¹⁴² Miguel Carbonell *et al.* *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

fundamentais; o das *práticas judiciais*, que passaram a recorrer a princípios constitucionais, à ponderação e a métodos mais flexíveis de interpretação, sobretudo na área de direitos fundamentais; e o dos *desenvolvimentos teóricos* de autores que, com as suas ideias, ajudaram não só a compreender os novos modelos constitucionais, mas também participaram da sua própria criação. (Carbonell, 2009. p. 197-208).

Por fim, na doutrina brasileira, vários autores nacionais publicaram estudos sobre o tema¹⁴³, com um certo consenso na definição das características centrais do novo paradigma, conforme aponta Daniel Sarmiento (2009, p. 122), valendo citar: a valorização dos princípios; a adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica jurídica, com destaque para a ponderação; a abertura da argumentação jurídica à moral; o reconhecimento e a defesa da constitucionalização do direito; e a atribuição de destaque ao judiciário na agenda de implementação dos valores da constituição. Referido Autor assim sintetiza sua visão sobre o que é o fenômeno do neoconstitucionalismo:

Estas mudanças, que se desenvolvem sob a égide da Constituição de 88, envolvem vários fenômenos diferentes, mas reciprocamente implicados, que podem ser assim sintetizados:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito;
- (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou "estilos" mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.;
- (c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento;
- (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos;
- (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (Sarmiento, 2009, p. 113).

Na doutrina pátria, é conhecida também a exposição de Luís Roberto Barroso (2006, p. 4-5), que aponta a existência de três marcos fundamentais em que se assenta o neoconstitucionalismo: o histórico, o teórico e o filosófico. O marco histórico tem sua origem no pós-segunda Guerra Mundial, sendo que, no Brasil, ocorreu após o processo de

¹⁴³ Daniel Sarmiento (2009, p. 122) elenca os seguintes autores: Luis Roberto Barroso, Lênio Luiz Streck, Antonio Cavalcanti Maia, Ana Paula de Barcellos, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Paulo Ricardo Schier, Eduardo Moreira, Écio Otto Ramos Duarte e Thomas Rosa de Bustamante. Destaca, ainda, que outros adotaram uma postura mais crítica sobre a nova perspectiva, como José Ribas Vieira, Dimitri Dimoulis e Humberto Ávila.

redemocratização com a promulgação da Constituição de 1988. O marco teórico diz respeito às mudanças relacionadas à aplicação do direito constitucional, em especial: a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Por fim, o marco filosófico refere-se ao pós-positivismo, que, segundo o Autor, representa um conjunto amplo e inacabado de ideias ou reflexões sobre o direito, visando a superação tanto do jusnaturalismo quanto do juspositivismo, referentes: a) atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; b) a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; c) a formação de uma nova hermenêutica constitucional; d) e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana; e) uma reaproximação entre o direito e a filosofia.

Por outro lado, válido acrescentar que a expressão “neoconstitucionalismo” não é unanimidade, tendo vários autores elaboradas críticas sobre sua utilização. Nesse sentido, Ricardo Martins (2017, p. 15) aponta que muitos doutrinadores consideram inapropriada em razão de que o termo evocaria teorias tão díspares (heterogêneas), que não seriam suscetíveis de serem inseridas numa classe comum. Por exemplo, José Afonso da Silva (2014, p. 72) prefere o termo “fase atual do constitucionalismo”, pois sendo ele histórico, e não estático, ou seja, um verdadeiro “processo enriquecedor”, a fase subsequente não importa na superação da fase anterior.

De igual modo, Lenio Streck utiliza a terminologia “Constitucionalismo Contemporâneo”, por entender que o termo “neoconstitucionalismo” pode levar a equívocos, em razão de que no Brasil acabou por “*institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano*” (Streck, 2014, p. 72). Por isso, adota a expressão “Constitucionalismo Contemporâneo”, pois a usual expressão “neoconstitucionalismo” remete a uma visão que deposita todas as esperanças de realização desse direito novo na loteria do protagonismo judicial, não conseguindo superar o positivismo jurídico, o qual supõe combater.

Assim, se há, por um lado, esse processo de agregação com relação ao primeiro constitucionalismo, por outro, há uma nítida ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final do século XIX e que tiveram seu apogeu durante a primeira metade do século XX. Nesse sentido, o neoconstitucionalismo não é uma superação do paleojuspositivismo

(exegetismo), embora os neoconstitucionalistas achem que seja. E esse é o problema (Streck, 2014, p. 30).

Contudo, em que pese as especificidades que as particularizam cada teoria dos autores classificados como neoconstitucionalistas, pode-se apontar certos traços comuns indicativos que os seus autores compartilham em maior ou menor medida de um mesmo movimento - de um paradigma. Assim, é possível superar a objeção terminológica, uma vez que ela é autônoma em relação ao acerto ou desacerto das teses neoconstitucionais: “*O que o rótulo “neoconstitucionalismo” identifica é um paradigma, um modelo: quanto mais uma teoria se aproximar do modelo, mais adequada será sua qualificação*” (Martins, 2017, p. 16).

Em todo caso, em que pese as dificuldades conceituais uniformes para as transformações ocorridas no direito contemporâneo, o centro da problemática que envolve o neoconstitucionalismo no cenário brasileiro vai muito além de uma questão terminológica. Isto é, os riscos do neoconstitucionalismo, no contexto do paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito¹⁴⁴, relacionam-se especialmente quanto à forma como o direito, centrado em normas de caráter principiológico, devem ser compreendidos e aplicados¹⁴⁵. Com efeito, a prática jurídica, especialmente, no âmbito da jurisdição brasileira, no qual as ideias que

¹⁴⁴ No tópico 4.3 será feita uma análise mais detida sobre o referido paradigma do constitucionalismo contemporâneo.

¹⁴⁵ Válido lembrar, conforme visto no capítulo anterior, que a teoria positivista do Direito sustentou a autonomia da Ciência jurídica em relação as outras áreas do conhecimento. Argumentava que a vinculação da moral ao Direito é problemática, porque não há como sustentar uma moral absoluta (válida em todos os tempos e lugares) para fins de determinação do conteúdo da norma jurídica. Como consequência, não seria possível fazer ciência do Direito com base em uma razão prática, resultando na separação entre questões teóricas (teoria do Direito) e questões práticas (teoria política). Por isso, há baixa preocupação do positivismo com o momento de aplicação do direito, admitindo, como consequência, o poder discricionário do julgador no momento da justificação do Direito que resolverá a contenda do caso concreto. Por outro lado, as teorias pós-positivistas, que emergiram como crítica ao positivismo jurídico tradicional, buscam, sob so mais diversos ângulos, (re)incorporar os valores morais no Direito, cuja consequência mais visível se dá com a constitucionalização dos Direitos fundamentais. Há evidente preocupação na construção de ordem jurídica justa. O Direito não pode ser meramente formal e regulador, mas deve conter conteúdo específicos e ser transformador das relações sociais. Assim, se o neoconstitucionalismo, em que pese as diferentes vertentes teóricas, se apresenta como um novo paradigma surgido após a segunda Guerra Mundial para superação do positivismo nos diversos aspectos (teórico, metodológico e ideológico), não se mostra adequada simplesmente reprimatizar teses do positivismo jurídico, como a da discricionariedade judicial, que, claramente, não se coaduna com o ideal da segurança jurídica, que, conforme já estudado, é um princípio jurídico constitucionalizado e também uma virtude da política e do Direito, sendo inerente ao próprio conceito do Direito.

orbitam o neoconstitucionalismo tiveram grande aceitação¹⁴⁶, ainda não logrou superar a subjetividade e o decisionismo interpretativo do aplicador do direito.

Aliás, essa situação parece ainda ter um componente agravador nessa nova fase do constitucionalismo: é que os princípios, marcados pela vagueza e indeterminação permitem leituras muito diversificadas, sustentando a discricionariedade na sua aplicação. Razão disso, passadas duas décadas da Constituição de 1988, o neoconstitucionalismo aqui recepcionado padece de patologias, que contribuem para a corrupção do texto constitucional:

Ora, sob a bandeira “neoconstitucionalista” defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade, um Direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização ad hoc da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento com base em jargões vazios de conteúdo (Streck, 2014, p. 29).

E dentre dessas possíveis disfunções, merece estudo o método da ponderação, diante de sua grande aceitação na doutrina e na prática judicial brasileira, conforme será analisado no tópico seguinte.

5.2 A ponderação de princípios e o velho problema da discricionariedade judicial positivista

Conforme visto, o positivismo jurídico e seu modelo formal de direito deparou-se com a possibilidade de formação de ordens jurídicas iníquas, levando a necessidade da construção de ordens jurídicas mais justas, por meio da integração dos valores morais ao código jurídico. Consagra-se, a partir de então, que a ordem jurídica deve contemplar duas espécies de normas

¹⁴⁶ Conforme Daniel Sarmiento, “*esta mudança de paradigma se reflete vivamente na jurisprudência do STF. São exemplos eloquentes a alteração da posição da Corte em relação aos Direitos sociais, antes tratados como “normas programáticas”, e hoje submetidos a uma intensa proteção judicial, o reconhecimento da eficácia horizontal dos Direitos fundamentais, a mutação do entendimento do Tribunal em relação às potencialidades do mandado de injunção, e a progressiva superação da visão clássica Kelseniana da jurisdição constitucional, que a equiparava ao “legislador negativo”, com a admissão de técnicas decisórias mais heterodoxas, como as declarações de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade e as sentenças aditivas. E para completar o quadro, deve-se acrescentar as mudanças acarretadas por algumas inovações processuais recentes na nossa jurisdição constitucional, que permitiram a participação dos amici curiae, bem como a realização de audiências públicas no âmbito do processo constitucional, ampliando a possibilidade de atuação da sociedade civil organizada no STF*” (Sarmiento, 2009, p. 122).

jurídicas: as regras e os princípios. Enquanto as primeiras seriam mais específicas e regulariam condutas concretamente, sendo passíveis de aplicação pelo método do silogismo (subsunção), os segundos, por serem mais gerais e apenas indicativos das condutas, exigiram uma atitude diferente do intérprete, com a atribuição de pesos na resolução de conflitos normativos.

Valendo dessa diferenciação entre princípios e regras, Robert Alexy¹⁴⁷ propõe uma metodologia própria para aplicação dos princípios, denominada método da ponderação¹⁴⁸, que teve grande aceitação na doutrina e na jurisprudência pátria. Adverte-se, no entanto, que no Brasil, a ponderação vem sendo aplicada, na maior parte das vezes, de forma ainda mais simplória do que aquela desenvolvida por seu criador. Na maior parte das vezes, sequer é observado um correto emprego do procedimento da ponderação, conforme expõe a crítica de Lenio Streck:

Afinal, no modo como a ponderação vem sendo convocada (e “aplicada”) em *terrae brasiliis*, tudo está a indicar que não passa daquilo que Philipp Heck chamava, na Jurisprudência dos Interesses, de *Abwägung*, que quer dizer “sopesamento”, “balanceamento” ou “ponderação”. Com a diferença de que, na *Interessenjurisprudenz*, não havia a construção da “regra da ponderação”. Tendo em vista que, nas práticas dos tribunais (assim como na doutrina) de *terrae brasiliis*, as “colisões de princípios” são “solucionadas” com base em uma ponderação “direta”, confrontando um princípio (ou valor ou interesse) com outro, está-se, na verdade, muito mais próximo da velha Jurisprudência dos Interesses, com fortes pitadas da *Wertungsjurisprudenz* (jurisprudência dos valores) (Streck, 2014, p. 35)

Para compreender o seu procedimento ou método da ponderação, convém apresentar, preliminarmente, alguns conceitos centrais da teoria da argumentação jurídica alexyana. Como

¹⁴⁷ Robert Alexy, embora não se definiu como neoconstitucionalista, os adeptos desse movimento buscam embasamento no seu pensamento para definição das características definidoras do neoconstitucionalismo, conforme anteriormente apresentadas, sendo considerado como um dos grandes expoentes da filosofia pós-positivista do Direito. Entre as suas obras, destaca-se a “Teoria da Argumentação Jurídica”, publicada originalmente em 1978, na qual elabora, a partir da distinção entre discurso jurídico e discurso prático, uma teoria para argumentação jurídica, cuja “racionalidade do discurso se define por meio da observação das regras do discurso” (Alexy, 2015, p. 296); e a “Teoria dos Direitos fundamentais”, publicada originalmente em 1986, na qual aprofunda a dimensão procedimental de sua teoria da argumentação jurídica, desenvolvendo o procedimento ou método da ponderação, com vistas a assegurar racionalidade na aplicação de princípios, especialmente quando relacionados aos Direitos fundamentais. Em que pese sua teoria ter sido desenvolvida num contexto jurídico específico da Alemanha, na qual busca criticar a irracionalidade da chamada Jurisprudência dos Valores, desenvolvida pela Corte Constitucional daquele País, a sua recepção atingiu diversos outros países e, em especial, o Brasil.

¹⁴⁸ Registre-se a ideia de sopesamento de princípios não é uma ideia originária de Alexy, sendo já uma prática desenvolvida pelo Tribunal constitucional alemão. Cite-se, nesse sentido, os Casos *Lüth* e *Lebach*.

ponto de partida, é válido destacar a diferenciação estabelecida por Alexy entre o chamado “discurso prático geral” e o “discurso jurídico”. O discurso prático geral abrange todo universo da cultura e do agir humano. Já o discurso jurídico é apresentado como um caso especial do discurso prático geral (tese do caso especial), tendo em vista que é limitado (e vinculado) pelo sistema jurídico vigente, em razão das leis, dos precedentes e da própria dogmática elaborada pela ciência jurídica. Assim, no discurso jurídico, embora seja um caso especial do discurso prático, em razão das limitações dadas pelos enunciados normativos, há situações nas quais será necessário adentrar com argumentos do discurso geral, gerando a integração entre esses dois discursos. Nas palavras de Alexy:

Pode-se afirmar que a argumentação jurídica chega até um determinado ponto em que já não possíveis outros argumentos especificamente jurídicos e que, nesse momento, tem de entrar em jogo a argumentação prática geral. Essa proposição pode ser denominada de tese da adição. Além disso, há a possibilidade de que o uso de argumentos especificamente jurídicos deve unir-se, em todos os níveis, aos argumentos práticos gerais. Essa concepção, que pode ser caracterizada pela expressão tese da integração, será adota aqui (Alexy, 2015, p. 35).

Esse ingresso do discurso prático geral no discurso jurídico tem por objetivo a pretensão de correção do enunciado normativo, que deve ser racionalmente fundamentado, mediante uma justificativa interna ou externa. A interna é aquela relacionada ao silogismo jurídico, do qual a decisão judicial decorre logicamente da regra prevista no ordenamento jurídico, não dependendo de análises sobre as premissas utilizadas para fundamentação, bastando a utilização dos tradicionais cânones da interpretação (Alexy, 2015, p.219-228). Por outro lado, quando as premissas utilizadas são objeto de justificação, adentra-se no campo da justificação externa, que poderá ser revelada por diferentes métodos de fundamentação: regras e formas de interpretação, dogmática jurídica, precedente, argumentação prática em geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentos jurídicos (Alexy, 2015, p. 228-229).

Posteriormente, na obra “Teoria dos direitos Fundamentais”, Alexy retoma sua teoria da argumentação jurídica voltada para a aplicação das normas principiológicas¹⁴⁹. De fato, a diferenciação entre regras e princípios proposta por Alexy tem por objetivo organizar a fundamentação dos direitos fundamentais, por meio do estabelecimento de distintos caminhos

¹⁴⁹ Conforme expõe Alexy, (2015, p. 139): “No espaçoso mundo dos princípios há lugar para muita coisa. Esse mundo pode ser chamado de um mundo do dever-ser ideal. Colisões, ou para empregar algumas expressões frequentemente utilizadas, tensões, conflitos e antinomias, sugerem a partir do momento em que se tem que passar do espaçoso mundo do dever-ser ideal para o mundo do dever-se definitivo ou ideal. Nesse ponto passam a ser inevitáveis as decisões acerca do peso dos princípios colidentes, ou seja, da fixação de relações de precedência”.

metodológicos a serem seguidos na aplicação dessas espécies normativas. Nas palavras do próprio Alexy: “*Essa distinção [entre regras e princípios] é a base da teoria de fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática jurídica*” (Alexy, 2015, p. 85). Dessa maneira, como os princípios se comportam como “mandados de otimização”, que são aplicados na maior medida possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, em caso de colisão, deve o magistrado realizar um sopesamento entre os colidentes para verificar no caso concreto qual seria aquele com maior peso, estabelecendo, assim, uma relação de precedência.

Nesse contexto, percebe-se, então, o estabelecimento de uma conexão entre a sua teoria da argumentação jurídica e a teoria dos princípios, tendo em vista que os princípios comportam abertura às justificações externas de valorações, da qual se faz presente o discurso prático geral. E para assegurar a racionalidade na aplicação de princípios, especialmente quando se estiver diante de situações de colisão, deverá o intérprete valer-se do procedimento da ponderação, realizada pela máxima proporcionalidade em suas três etapas, no qual o método da ponderação integrará a última parte desse procedimento.

Na primeira etapa, chamada de adequação, verifica-se a idoneidade do meio para o atingimento dos fins que o inspiram. A segunda etapa, denominada de necessidade, examinará se o meio escolhido seja o menos oneroso e igualmente eficaz. Por fim, a terceira etapa, chamada de proporcionalidade em sentido estrito, é que ocorrerá, de fato, a ponderação pela chamada “lei da ponderação”: “*quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação do outro*” (Alexy, 2015, p. 593). Nela está expressa a ideia de otimização que Alexy atribui aos princípios. Essa ponderação que ocorre nessa última fase envolverá ainda mais três etapas: inicialmente estabelece-se o grau de afetação de um princípio denominado P1. Em seguida, determina-se a importância de satisfazer o princípio concorrente (P2). Por fim, verifica-se se a importância da realização de P2 justifica a afetação imposta a P1. Desse raciocínio, Alexy apresenta, inclusive, uma fórmula matemática para sua representação (a denominada fórmula peso).

Contudo, ainda que Alexy se esforce em apontar o caráter deontológico dos princípios, observa-se que a distinção por ele elaborada é muito tênue e de difícil sustentação, pois, ao descrever os princípios como mandamentos de otimização, restará aberta a possibilidade de juízos subjetivos do intérprete na definição dos limites em que determinado princípio deve ser efetivado, tendo em vista que a ponderação remete a um procedimento valorativo. Aliás, Alexy não nega esse caráter axiológico da sua teoria dos princípios: “*a aplicação de critérios de*

valoração entre os quais é necessário sopesar corresponde à aplicação de princípios. [...] A diferença estrutural entre regras e princípios também se verifica, portanto, no nível axiológico” (Alexy, 2014, p. 150-151).

Nisso reside a crítica central lançada por Habermas à proposta alexyana do direito como um caso especial do discurso prático geral e, por conseguinte, ao procedimento da ponderação¹⁵⁰, na medida em que projeta um modelo de valores na estrutura normativa. Ainda que se admita que as regras jurídicas não podem contradizer normas morais, para Habermas não se pode concluir que o discurso jurídico constitui uma parte da argumentação moral (Habermas, 2020, p. 287). Isso porque a harmonização buscada por Alexy entre direito e moral (tese do caso especial), rompe com o caráter deontológico do direito, gerando uma desagrável consequência de tornar o direito uma questão de “mais ou menos”, relativizando a correção de uma decisão judicial e possibilitando a atuação discricionária do intérprete:

Pretensões de validade são codificadas de modo binário, não permitindo um mais ou menos: pois o que distingue uma argumentação racional de uma lei irracional não é um menos e sim algo qualitativamente diferente da racionalidade material de uma decisão encontrada segundo as regras do discurso prático racional”. Para fugir a essa objeção precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de reconstrução racional do Direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente (Habermas, 2020, p. 289).

Desse modo, denota-se que há uma íntima ligação na teoria alexyana entre os princípios e os valores, sobretudo no aspecto estrutural, uma vez que há equivalência na forma de realização (de forma gradual) e também pelo fato de sua realização envolver constantemente a escolha entre princípios que são postos como colidentes. A ponderação acaba, ao final, por recepcionar um juízo subjetivo do julgador, elegendo o princípio que deverá preponderar, cuja validade será aferida pelo procedimento. Além disso, verifica-se que a proposta alexyana, na busca de conferir racionalidade à aplicação dos princípios, dá ênfase demasiada ao procedimento metodológico em detrimento de uma pretensão de correção da resposta dada na solução do caso concreto¹⁵¹. Desta maneira, em que pese a ponderação buscar afastar a

¹⁵⁰ Para uma visão mais completa das objeções formuladas por Habermas, confira-se, especialmente, o Capítulo V (Indeterminação do Direito e Racionalidade da Jurisprudência), constante do Volume II da obra “Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade” (Habermas, 2020, p. 241-296).

¹⁵¹ Conforme admite o próprio Autor: “a pretensão de correção do discurso jurídico não diz respeito à exigência de racionalidade do ponto de vista material, contetudístico das asserções jurídicas tomadas como premissas”. (Alexy, 2015, p. 14).

discricionariiedade judicial, ela possibilita que o intérprete se sinta desvinculado ou exonerado em buscar um resultado correto na decisão judicial, aceitando a possibilidade de diferentes respostas para a decisão judicial, abdicando, assim, de apresentar a decisão que melhor justifique o sistema jurídico vigente.

Ademais, a tese alexyana prevê o estabelecimento de pesos dos princípios¹⁵², o que implica, ainda que não seja abertamente admitido, em uma hierarquização de princípios pelo intérprete (por exemplo, o direito à vida possui em abstrato peso maior que a liberdade de ação). Isto é, a aplicação dos princípios enseja uma atividade de balanceamento de valores concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e sujeitos a hierarquização, possibilitando que princípios sejam aplicados ou sacrificados conforme o grau de relevância. Por conseguinte, resta possível obter diferentes respostas para solução do caso concreto, que vai depender dos critérios subjetivos do intérprete, abrindo portas para a discricionariiedade judicial, conforme reconhece Alexy:

Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. **Neste caso, então, existe uma discricionariiedade para sopesar, uma discricionariiedade tanto do legislativo quanto do judiciário** (Alexy, 2014, p. 611, grifou-se).

Logo, essa “discricionariiedade para sopesar” abre as portas para a discricionariiedade judicial, conforme analisa Lenio Streck:

Ora, se ao fim e ao cabo, cabe o intérprete hierarquizar (e escolher) o princípio (ou a regra) aplicável, a pergunta que cabe é: qual a diferença entre o “intérprete ponderador” e o “intérprete do positivismo”, que discricionariamente escolhe qual a “melhor” interpretação? Parece-me que o positivismo, neste ponto, era mais explícito. E mais sincero (Streck, 2014, p. 244).

Por isso, Garcia Figueroa aponta, com razão, a existência de um positivismo latente na teoria alexyana, tendo a repriminção, embalada em outras bases não explícitas, da tese da discricionariiedade judicial:

¹⁵² Ainda que Alexy concorde com a crítica referente a impossibilidade de uma hierarquização cardinal nem ordinal de princípios, adota a possibilidade de ordenação flexível (prima facie), o que, ao fim e ao cabo, como essa ordenação influi na regra de decisão, haverá uma hierarquização de valores. (Alexy, 2014, p. 158-163).

En cierto modo la version de Alexy vendría a retrasar el inevitable momento de la discreción judicial que propugna el positivismo. Segundo el positivismo, la discreción comenzaría donde se agotaram los materiales normativos positivos, y en el modelo de Alexy la discreción se desarrollaría donde los materiales normativos y morales no fueran suficientes para discriminar entre las distintas respuestas correctas (Figueroa, 1999, p. 207-220)

Portanto, não é possível racionalizar uma prática criando novos mitos. A busca pelo conhecimento passa, justamente, pelo reconhecimento das limitações de nossa racionalidade, não sendo crível pensar que um procedimento formal assegure, por si só, a racionalidade de todo o processo de ponderação. Por isso, a proposta alexyana da ponderação enfrenta sérias objeções, especialmente como modelo de combate à discricionariiedade judicial na aplicação de princípios. Conforme já adverte Lênio Streck (2014, p. 36), “*o problema principal da ponderação é a sua filiação ao esquema sujeito-objeto e a sua dependência da discricionariiedade.*” Desse modo, ainda que se sustente que a ponderação gere algum tipo de racionalidade pelo seu procedimento, a prática jurisdicional, notadamente no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, tem demonstrado sua falência.

5.3 O paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito e suas repercussões para uma nova hermenêutica jurídica

A pós-modernidade, em que pese as dificuldades conceituais e do seu marco inicial, pode ser caracterizada pelo fim da crença excessiva (mítica) na racionalidade humana. Percebeu-se a necessidade de superar o mito da razão moderna, a qual depositava na ciência a condição de saber totalizante, capaz de revelar verdades eternas e imutáveis. Em razão das experiências vividas, passou-se a entender que o conhecimento científico é provisório e precário, exigindo uma fundamentação de tudo o que se afirma, cuja vigência ocorre em determinado espaço temporal (são históricos e datados), em razão do dinamismo da vida sociedade determinada por tradições, práticas e interesses. Assim, rediscute-se o mito do saber absoluto, pois “*toda produção de conhecimento requer redução de complexidade e, nessa medida, produz igualmente desconhecimento*” (Carvalho Netto, 2003, p. 24).

No campo do direito, essa modernidade vai impor uma nova função, possibilitando que a disputa social ocorra para além da substância das diversas visões de mundo, as quais

podem conviver sem se destruir mutuamente. Conforme explica Menelick Carvalho Neto, o direito moderno já não pode mais ser um instrumento de dominação, não podendo impor que as pessoas acreditem intimamente no valor preservado por uma determinada norma, como uma espécie de salvador da alma das pessoas, conforme ocorria na antiguidade. Agora, o direito se satisfaz com o “*respeito prático, no nível das ações externas e concretas, a esses valores que a comunidade, como um todo, definiu, por meio de leis gerais e abstratas, como os valores básicos dessa sociedade*” (Carvalho Netto, 2003, p. 24). Desse modo, a função do direito nas sociedades modernas (e complexas) é de assentar as expectativas recíprocas de condutas dos membros da sociedade.

A pós-modernidade também impactou fortemente a hermenêutica jurídica, sendo impulsionada especialmente pelo florescimento da filosofia da linguagem. Habermas, na obra *Pensamento Pós-metafísico*, esclarece que a história da filosofia ocidental pode ser contada a partir da dominância sucessiva de três grandes temas: *ser, consciência e linguagem*. O paradigma do *ser* é o da metafísica. O paradigma da *consciência*, também chamado de filosofia do sujeito, caracteriza-se pelo dualismo entre corpo e alma e pela divisão entre sujeito e objeto, na qual o sujeito é tido como transcendental e capaz de conhecer o mundo. Por fim, o paradigma da *linguagem*, que gerou a *turn point* sobre os paradigmas anteriores, compreende que não é possível um discurso com pretensão de ser absoluto, pois toda expressão do ser é dada numa determinada época e em uma determinada linguagem:

A passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem constitui um corte de igual profundidade. A partir deste momento, os sinais lingüísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados lingüísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto (Habermas, 2004, p. 15).

Dessa forma o giro lingüístico na filosofia colocou em primeiro plano o estudo da linguagem, tendo em vista a compreensão que “*a significação de uma palavra é seu uso na linguagem*” (Wittgenstein, 2002, p. 43). A linguagem deixou de ser um mero instrumento neutro para se tornar expressão dos pensamentos, passando a ser vista como determinante para a produção das ideias, que não poderiam mais ser separadas do modo como eram expressas. Assim, o conhecimento é dependente da linguagem na qual se expressa e o sujeito é uma construção social e lingüística e não um ideal imutável e a-histórico. As linguagens formais, como no caso do direito positivado, não são linguagens ideais, perfeitas,

neutras, automaticamente aplicáveis:

[...] todas se igualam no que diz respeito ao fracasso na capacidade de realizar uma descrição perfeita e neutra da realidade [...] Assim, a ciência passa a ser vista como uma prática social dentre outras, e a linguagem científica não passa da linguagem de um grupo social particular” (Fontes, 2020, p. 10).

Por conseguinte, a racionalidade jurídica centrada em enunciados textuais mostra-se problemática. Com efeito, o significado de uma palavra pode mudar conforme se alterem as práticas sociais, que estão em constante transformação, não sendo possível congelar a linguagem e, por consequência, o significado dos objetos que ela expressa no tempo. Como exemplo, Menlelich Carvalho Netto (2003, p. 32), demonstra as mudanças que ocorreram no significado de “mulher honesta” desde os anos de 1950 até os dias atuais, sem que para isso fosse necessário alterar o enunciado normativo.

A linguagem, desse modo, deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto, passando a ser condição de possibilidade (Streck, 2014, p. 226). Essa constatação repercute diretamente na hermenêutica jurídica, não havendo texto que se interpreta por si mesmo, nem tampouco são desimportantes a ponto de permitir que sejam ignorados pelas posturas pragmáticas, em que o sujeito pode criar o seu próprio objeto. Assim, não há como separar o sujeito do objeto, como acreditava o modelo hermenêutico subsuntivo. Por isso, não há mais como cindir interpretação de aplicação. O texto requer, conforme Friedrich Müller (1996), a integração com elementos fáticos da situação individual e concreta ao qual está sendo aplicado, por meio de um processo de concretização ou de densificação.

Por outro lado, como ponto essencial para essa nova hermenêutica jurídica, é o fato que o atual constitucionalismo está amparado sob o paradigma¹⁵³ do Estado Democrático de direito, que representa o pano de fundo compartilhado entre as pessoas, como um “*óculos que filtram o nosso olhar, que moldam a forma como vemos a chamada realidade*” (Carvalho Netto, 2001, p. 74). É esse paradigma jurídico que nos possibilita explicar como as normas jurídicas devem ser concebidas e implementadas para que cumpram, em determinado contexto histórico,

¹⁵³ Sobre o que vem a ser paradigma jurídico, Argemiro Martins nos esclarece: “A noção de paradigma foi introduzida na moderna epistemologia por Thomas S. Kuhn para descrever a seleção, por uma comunidade científica, das questões relevantes para uma determinada ciência. Nesse sentido, paradigmas são “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (1992, p.13). No entanto, a noção de paradigma possui uma outra acepção, mais restrita, embora não incompatível com os atributos do conceito delineado por Kuhn, que corresponde a um “pano de fundo”, ou seja, a uma série de determinações, preestabelecida e não discutida: um ponto de partida para os discursos jurídicos” (Martins, 2017, p. 867).

as funções que lhe são atribuídas pelo direito. Por isso, a importância de compreender o constitucionalismo contemporâneo no contexto do referido paradigma, para, então, refletir sobre nossa prática jurisdicional, conforme nos lembra Klaus Günther:

Um paradigma contém uma interpretação global coerente de normas e interpretações normativas relativas a certas descrições generalizadas de uma situação. [...] Todas as interpretações relevantes são assim circunscritas com base num princípio de coerência interpretativa. Para um conjunto de situações, afirmamos que todas as descrições de situações significativas foram levadas em consideração por um paradigma. Os paradigmas estão ligados às formas de vida. Eles ordenam um determinado conjunto de normas compartilhadas intersubjetivamente que pertencem a uma forma de vida (Günther, 1992, p. 294).

Tal paradigma constituiu em uma superação dos antigos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social. O primeiro, surgido no contexto da transição entre o absolutismo e as revoluções liberais, defendeu uma hermenêutica centrada no método silogístico de aplicação dos textos normativos, partidária da interpretação exegética¹⁵⁴. O segundo, surge no contexto da revolução industrial, como uma resposta às limitações do Estado Liberal em lidar com as desigualdades sociais e os problemas econômicos. Contudo, também enfrentou desafios relacionados à sustentabilidade financeira, bem como a um paternalismo ou hiperdimensionamento estatal, que suprime a autonomia privada dos cidadãos¹⁵⁵. Por fim, o atual paradigma do Estado Democrático de Direito busca harmonizar os princípios do Estado de Direito e do Princípio Democrático, exigindo a promoção dos direitos fundamentais e a participação ativa da sociedade na condução dos assuntos públicos, o que ensejam, por conseguinte, a própria redefinição das ideias de igualdade e liberdade, conforme assevera Menelick Netto:

¹⁵⁴ O paradigma liberal representou o primeiro momento do constitucionalismo, fruto das chamadas revoluções liberais e sob os influxos da filosofia iluminista. Diante dos enormes privilégios de determinadas classes sociais, buscou-se romper com essa tradição, estabelecendo-se formalmente Direitos tidos como naturais do homem a todos na sociedade civil, com deveres de abstenção ou intervenção do Estado. Há uma preponderância, portanto, da autonomia privada.

¹⁵⁵ Conforme Menelick Carvalho Netto (2003, p. 21), surge após 1850, forjado em espaço de lutas, que resultou em um novo tipo de constitucionalismo. Os Direitos fundamentais agora exigem materialização. A liberdade não mais pode ser entendida como a ausência de leis. Pelo contrário, requer a materialização mínima da igualdade a ser realizada pela lei. Porém, o que se viu foi um hiperdimensionamento do Estado, que suprimiu a autonomia privada dos cidadãos, que se viram excluídos da discussão sobre o planejamento e execução dos Direitos fundamentais. No campo da aplicação do direito, esse paradigma requer uma maior atuação judicial, surgindo novos métodos hermenêuticos, por meio dos critérios sistêmicos, teleológicos e históricos.

Se, por um lado, liberdade e igualdade não mais podem ser apenas formais, por outro, a sua simples materialização pela via da tutela estatal de um povo imaturo, das massas, não somente não é suficiente, mas também é ela mesma destruidora da própria ideia de cidadania, gerando, no máximo, clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos” (Carvalho Netto, 2003, p. 21).

Há, portanto, a inauguração de uma tensão de complementaridade – supõem-se mutuamente - entre democracia e constitucionalismo, pois a Constituição, conforme apontado no tópico 4.1, transformou-se em condição de possibilidade para o exercício do regime democrático, “*instaurando uma tensão rica, complexa e produtiva, sem a qual não pode haver nem democracia, nem constitucionalismo.*” (Carvalho Neto, 2003, p. 14). Com efeito, a democracia somente é democrática se for constitucional, e o constitucionalismo só é constitucional se for democrático:

Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático. A elaboração ou a apropriação técnico-burocrática do texto constitucional para moldar passivamente o povo como seu objeto, como objeto do Estado, como massa, é autoritarismo e, assim, a negação do próprio constitucionalismo (Carvalho Netto, 2003, p. 15).

Desse modo, as perspectivas de autonomia privada (paradigma liberal) e autonomia pública (paradigma social) devem, agora, ser contempladas simultaneamente. Assim, não há mais espaço para imposição de uma única perspectiva moral, cujos riscos carecem ser tematizados e controlados, como garantia de igualdade de liberdade de todos. Do mesmo modo, não é mais possível que essas decisões neguem o respeito às minorias, porquanto democracia significa considerar o constitucionalismo, como condição pluralista de desenvolvimento. Até porque, conforme expõe Menelick Carvalho Netto (2003, p. 17), a partir de experiências bastante dramáticas, como o nazismo, o fascismo, o stalinismo, não é possível entender a democracia como a vontade da maioria do povo¹⁵⁶, pois há que se considerar o respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, possibilitando que as minorias sejam capazes de se

¹⁵⁶ Nesse sentido, citando a obra “Quem é o povo” de Friedrich Müller, Menelick Carvalho Netto mostra que a expressão “povo” é semanticamente excessiva: “Essa tensão instaurada pelo constitucionalismo leva-nos hoje, depois de mais de 200 anos, a ver a democracia não propriamente como a vontade do povo. Pois o termo “povo”, a experiência histórica nos mostra, é uma palavra semanticamente excessiva, “gorda” o suficiente para sofrer manipulações de toda ordem. A possibilidade de identificação icônica, para usar a expressão de Friedrich Müller, da enteléquia “povo” com a figura e a vontade de um líder carismático, de um *Führer*, é um risco dado, que hoje nos é visível” (Carvalho Netto, 2003, p. 16).

tornarem a maioria amanhã.

Por isso, no âmbito da aplicação judicial do direito, as exigências de democracia e de constitucionalismo são, conforme expressão de Habermas, princípios igualmente primordiais e co-originários. Diante de uma sociedade pluralista e complexa, as decisões institucionais exigem efetiva participação dos afetados (democracia) na construção e execução dos direitos fundamentais (constitucionalismo). Nesse contexto, os direitos fundamentais formam um Estado Constitucional, realizado através do processo como instrumento democrático, no qual será exigido a efetiva participação - em contraditório - no convencimento judicial daqueles que serão afetados pela decisão final, como forma de garantir a legitimidade da decisão, contendo o arbítrio e a discricionariedade judicial. Nesse sentido, expõe Darci Ribeiro:

No entanto, a partir da metade do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente por intermédio de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, em uma relação simbiótica entre partes e juiz. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é “um poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz (Ribeiro, 2014, p. 13-35).

No Estado Democrático de Direito, a decisão judicial não pode mais ser dada como fruto do saber individual do juiz. Pelo contrário, para se falar em decisão legítima, é preciso haver participação das partes, que são as destinatárias dos efeitos da decisão e coautoras dela, conforme expõe Amanda Azeredo:

A necessária participação das partes em simétrica paridade para uma jurisdição efetivamente justa [...] passa pela questão da qualidade das decisões judiciais, e, conseqüentemente, pela legitimidade de tais decisões. E tal legitimidade só é efetivada por via de um procedimento realizado em contraditório, para que seja superada a visão de que a justiça seja produto da ‘clarividência do julgador, sua ideologia ou magnanimidade (Azeredo, 2010, p. 37).

Assim, não se revela mais adequada a visão axiológica dos princípios, para transformar o intérprete-aplicador em um descobridor de valores morais ocultos na constituição, tendo em vista que tal postura não coaduna com a pluralidade democrática. É preciso considerar tanto a perspectiva individual, quanto coletiva, na aplicação dos direitos fundamentais, por meio de um procedimento que assegure a imparcialidade e a efetiva participação das partes em contraditório

na construção dos argumentos decisórios. Por outro lado, impõe-se a necessidade de uma fundamentação detalhada de qualquer decisão, fazendo “*juízo de adequabilidade acerca da norma geral e abstrata efetivamente apta a reger aquela situação concreta, específica em sua unicidade, sem produzir resíduos de injustiça*” (Carvalho Netto, 2003, p. 33).

Ademais, conforme explica Habermas, a “correção da decisão” é de caráter normativa e não metafísica, no sentido que a demanda judicial seja decidida à luz do melhor direito vigente, interpretado de forma coerente com as normas do ordenamento jurídico (Habermas, 2020, p. 267-268). Para o referido Autor, a moralidade no direito não se confunde, portanto, com uma moral individual, social ou popular, mas com aquela que foi levada, pela comunicação política da esfera pública e pela formação política da vontade do legislador, para os códigos jurídicos, que passam a ser adotados de um outro modo: do resultado da aplicação do princípio do discurso ao código jurídico, a partir de visão deontológica das proposições jurídicas:

[...] os pontos de vista moral cumprem um papel na jurisprudência, porque o Direito positivo assimilou conteúdos morais de modo inevitável. [...] Os mencionados efeitos da moral no Direito significam apenas que conteúdo morais foram traduzidos ao código jurídico e passam a ser adotados de um outro modo de validade (Habermas, 2020, p. 265-267).

Assim, uma vez integrados ao direito, os argumentos morais, políticos e pragmáticos, passam a exigir uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Por isso, é no campo da aplicação que deve analisar as pretensões suscitadas pelas partes relacionadas a aplicação dos princípios, mediante o escrutínio das especificidades daquele caso concreto, distinguindo os argumentos de princípios dos argumentos de política:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2002, p. 36).

Conforme resume Stephen Guest (2010, p. 65), “*os princípios descrevem direitos que visam estabelecer um estado de coisas individualizado. As políticas, ao contrário, descrevem metas que visam estabelecer um estado de coisas não individualizado*”. Por isso, que os argumentos de princípios são trunfos, que devem se sobrepor, em uma discussão, aos

argumentos baseados em diretrizes políticas. Em questões de política, diferentemente das questões de princípios, o julgador não deve substituir, pelos seus, os argumentos de política do legislador ou do executivo, exigindo, desse modo, uma autocontenção do poder judiciário nessa situação:

Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação (Dworkin, 2002, p. 474-475).

No mesmo sentido, Klaus Günther apresenta a distinção entre discursos de aplicação e discursos de justificação, no sentido que as questões referentes à validade de uma norma devem ser separadas das questões referentes à sua aplicação adequada na prática judicial. É no legislativo que os discursos morais, políticos e pragmáticos devem prevalecer, marcados pela predominância de seu caráter justificativo (discurso de justificação), que envolve verificar a presença de generalidade, abstração e universalidade da norma elaborada¹⁵⁷. Já no momento da aplicação do direito, os discursos devem ser de adequação, exigindo observância das especificidades do caso concreto e sua irrepetibilidade, dando especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados do direito (assegurando a integridade do direito), garantida pelo princípio da imparcialidade¹⁵⁸, o qual requer a consideração de todas as características relevantes do caso analisado (que evitará

¹⁵⁷ Conforme ensina Flávio Pedron, no discurso de justificação “tratar-se-ia de perquirir sobre a validade das normas que seriam, posteriormente, aplicáveis *prima facie*, utilizando-se, para tanto, de um teste de universalização – a partir do princípio do discurso. [...] O que se busca, portanto, é uma justificativa geral para uma norma de ação do ponto de vista moral ou jurídico; e, para tanto, Günther apoia-se em Habermas (1987), que já traz uma versão forte desse princípio de universalização na forma do princípio do discurso (D) – “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (Pedron, 2009, p. 94-95).

¹⁵⁸ A respeito da “imparcialidade” na teoria de Günther, assim define Bressolini (2016, p. 249): “Embora ambos os discursos possuam autonomia, juntos, eles constroem a ideia de imparcialidade, que se apresenta diferentemente em cada discurso. À medida que a exigência “das consequências e dos efeitos colaterais, previsivelmente resultantes da observância geral de uma norma, para que os interesses de cada um individualmente possam ser aceitos por todos em conjunto, operacionaliza o sentido universal-recíproco” (Günther, 2011, p. 32). De maneira complementar, a ideia de imparcialidade no discurso de aplicação se mostra quando, em cada uma das situações de aplicação, sejam necessariamente consideradas todas as suas características relevantes. Por meio dessas duas vias, nos aproximamos do sentido completo de imparcialidade”. Em outras palavras, no discurso de justificação a imparcialidade é assegurada quando se considera todos os interesses envolvidos e, no discurso de aplicação, quando se considera todas as fatos relevantes que se apresentam na situação concreta. (Martins; Oliveira, 2006, p. 245).

aplicações rígidas ou seletivas de razões morais), permitindo a definição da norma adequada ao caso singular, em razão de ser a que melhor pode ser justificada coerentemente em relação a todas as demais normas aplicáveis na circunstância concreta (Günther, 1993, p. 149). Dessa forma, a teoria do discurso de Günther permite repensar a dinâmica da atividade jurisdicional, sempre pressupondo a dimensão democrática, diferenciando as tarefas entre os processos legislativo e jurisdicional.

Portanto, como vivemos em uma sociedade pluralista, formada por diversas crenças, valores e concepções de vida, o intérprete deverá considerar essa dimensão vivencial, ciente da precariedade da verdade de proposições linguísticas abertas, as quais não se deve atribuir uma natureza metafísica, mas, sim um caráter social e histórico (Carvalho Netto e Scotti, 2011, p. 52). Por isso, a proposta teórica de Dworkin rompe com a ingenuidade da busca de racionalidade positivista e se mostra consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito, pois apresenta “novas lentes” para o direito contemporâneo, baseado em princípios¹⁵⁹.

A moralidade integrada ao direito não é um problema, haja vista que não busca igualar as tarefas legislativas e judiciais, ignoradas pela teoria positivista¹⁶⁰. A tensão de princípios serve justamente para delimitar o seu significado concretamente, isto é, os princípios atuam em complementaridade no momento de sua aplicação. A resposta correta, não se dá pela busca de um método ou pela significação das palavras contidas no código jurídico, mas se assenta na unicidade e irrepetibilidade que marca cada caso concreto, já que as normas gerais e abstratas não são capazes de regular as suas próprias condições de aplicação. Eventual tensão entre princípios será dirimida pela concretude do caso judicial sob análise, considerando todas as perspectivas possíveis e todos os argumentos das partes intervenientes no processo judicial, de modo que a decisão produza justiça no caso específico, eliminando-se as pretensões abusivas.

¹⁵⁹ Nesse modelo, as regras também ser lidas também em seu caráter principiológico, uma vez que decorrem dos princípios.

¹⁶⁰ Isso ocorre devido ao poder discricionário do aplicador do Direito, colocando à disposição dos juízes todos os argumentos de política que entendesse possíveis. Em Dworkin, há clara diferença entre direito e políticas, devendo no âmbito judicial ser dado primazia aos argumentos de princípio, cabendo ao legislativo a utilização dos argumentos morais e pragmáticos.

5.4 A segurança jurídica no constitucionalismo principiológico

Conforme visto no capítulo segundo, o conceito de segurança jurídica é fortemente atrelado à dogmática positivista do direito, na qual sua compreensão é tributária de uma concepção semântica do direito, qual seja, os elementos cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade são encontrados na própria textualidade do enunciado normativo. Isto é, quanto mais explicativos e detalhados forem os textos legais - segundo essa visão -, mais reduzido seria o campo de atuação subjetiva do intérprete e, por conseguinte, estaria garantido a segurança jurídica na aplicação judicial do direito. Em decorrência, há um forte apelo que o sistema jurídico seja cada vez mais específico e detalhado por meio de normas do tipo regras, sob a justificativa de promover a contenção do arbítrio do interpretativo na aplicação das normas jurídicas, gerando maior previsibilidade ao direito.

Esse pensamento, que na sua origem impulsionou a codificação do direito, ainda possui nos dias de hoje um forte impacto no imaginário popular. Endossam que a insegurança jurídica, no campo jurisdicional, decorre do fato dos julgadores decidirem à margem do texto legal escrito pelo legislador ou, então, pelo uso demasiado de textos abertos (normas-princípios). Conforme mostra José Rodriguez (2011, p. 206), essa concepção defende o modelo mecanicista hermenêutico de aplicação do direito, por meio de uma operação lógico-formal, e está ligada a certa visão da separação de poderes, que, por sua vez, vincula-se a uma determinada concepção de Estado de Direito, na qual a lei é a vontade do povo manifestada no parlamento, com absoluta contenção dos outros poderes do Estado. Assim, a aplicação da lei deve ser dada nos estritos termos textuais estabelecidos pelo poder legislativo, sob pena de incorrer em violação ao princípio da separação dos poderes. O processo legislativo, por sua vez, seria o responsável por criar textos mais precisos e detalhistas, dando conta da diversidade social expressa nos conflitos levados ao judiciário, garantindo a racionalidade da atividade jurisdicional e, por conseguinte, a segurança jurídica.

Contudo, essa perspectiva mostra-se falha por diversos aspectos. O primeiro, decorre da própria impossibilidade material (empírica) de que os textos consigam regular as inúmeras possibilidades da ação humana. Com efeito, as sociedades contemporâneas são complexas e plurais, envoltas pela grande difusão de informações e uma enorme quantidade de grupos com diferentes pontos de vistas éticos e morais, que repercutem nas diferentes formas de condução de suas vidas, tornando impossível uma tentativa totalizante regulatória. Imaginemos, por exemplo, um legislador que queira estabelecer, por meio de textos normativos, todas as formas

possíveis de “evasão fiscal”, considerando todos os tipos de operações econômicas, presentes e futuras. Certamente, haverá uma frustração do legislador. Inclusive, muito embora defensora do direito como um sistema de regras jurídicas, essa incompletude acabou sendo expressamente reconhecida pela teoria positivista do direito¹⁶¹, conforme examinado no terceiro capítulo. Com efeito, visando não contrariar o seu princípio metodológico (separação do direito da moral), tanto Kelsen, quanto Hart, reconheceram a possibilidade de lacunas e incompletudes do direito, levando a admissão da possibilidade de atividade criadora do direito pela autoridade competente no momento de sua aplicação.

Como um segundo fator, ainda que haja uma regulação detalhada pelo legislador, há possibilidades de que ocorra um efeito paradoxal, contrário à segurança pretendida, pois a proliferação de regras possibilita que qualquer conduta encontre nesse texto normativo extremamente detalhado uma justificativa para sua realização. Até porque, não há garantia que as interpretações sejam unívocas e que os juízes não criem exceções à regra geral. Nesse sentido, abordando sobre os paradoxos da certeza do direito, Guilherme Gonçalves (2006, p. 218) esclarece que, embora a produção normativa intente garantir a certeza na orientação de condutas da vida em sociedade, ela gera incerteza pela proliferação de alternativas que buscam lidar com as complexidades e contingências sociais (primeiro paradoxo). Por outro lado, ainda que haja regulamentação exaustiva, a decisão judicial poderá operar de forma binária, adotando uma posição favorável ou desfavorável (segundo paradoxo):

Num primeiro momento, a criação de expectativas normativas produz certeza na orientação das condutas sociais, mas gera incerteza no interior do sistema jurídico ao elevar sua complexidade interna pela proliferação de programas condicionais. Esta incerteza interna é controlada pelo código jurídico que reduz esta multiplicidade a duas alternativas: lícito/ilícito. No entanto, isto não significa plena certeza, pois a operação jurídica sempre alternará entre um lado e o outro da binariedade. Não se sabe sob qual das partes recairá a escolha: a decisão judicial é contingente (Gonçalves, 2011, p. 218).

Aliás, conforme demonstrou o próprio Dworkin, mesmo diante de texto legais expressos, os juízes, por diversas razões, não aplicavam essas regras estatuídas pelo legislador,

¹⁶¹ Conforme Kelsen: “*A propósito, importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa*” (Kelsen, 2006, p. 394).

por entender que elas não se amoldavam ao caso concreto ou porque causavam injustiças¹⁶². Assim, mesmo diante de um sistema fechado de regras, os juízes encontram espaços para fundamentar as decisões em justificativas que extrapolam a interpretação literal desses textos tidos como fechados. Para Dworkin, esses casos revelam que os juízes possuem divergências teóricas sobre o que é o direito (e não divergências puramente de fato – não discutem o que está expresso na legislação ou no precedente judicial), levando a concluir que no direito há um outro tipo de padrão normativo, para além das regras, denominado de princípios.

O terceiro fator decorre das transformações ocorridas no direito após a Segunda Guerra Mundial, dando ensejo ao constitucionalismo contemporâneo. A experiência vivida mostrou a necessidade de que a ordem jurídica contemple expressamente normas jurídicas inspiradas em valores morais (traduzidas para o código jurídico como direitos fundamentais), incorporadas em textos normativos com linguagem aberta, para fim de que se afirme claramente a possibilidade de contenção de quaisquer atos estatais, inclusive de caráter legislativo, que contrariassem tais preceitos. A lei geral e abstrata tornou-se uma garantia das democracias, tendo em vista os riscos do mito do direito como sistema de regras, conjugado com a crença de uma racionalidade absoluta e mecânica na aplicação do direito. Diante desse aprendizado, as constituições dos Estados passaram a ser as principais fontes de codificação desses direitos. Assim, o direito expressamente sai de modelo fechado de regras, para um modelo aberto de princípios, como imperativo de uma ordem jurídica mais justa. No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição estabelece diversos direitos fundamentais na forma de princípios, que impactam diversas áreas do direito. Assim, não é mais crível que, na contemporaneidade, marcada pela força normativa dos princípios, ainda se sustente um modelo de racionalidade judicial baseado na lógica-formal de sua aplicação.

Ademais, é necessário considerar que a filosofia da linguagem alterou profundamente a forma como lidamos com o saber científico e especialmente no campo conhecimento jurídico, mostrando que o significado de uma palavra pode mudar conforme se alterem as práticas sociais, não havendo como dissociar na interpretação o sujeito cognoscente, mergulhado em suas pré-compreensões de mundo. As sociedades contemporâneas, marcada pela complexidade, pluralidade e mutabilidade, instaura uma tensão constante entre democracia e constitucionalismo, a qual, na condição de paradigma jurídico, deve modelar a atividade

¹⁶² Veja, nesse sentido, o Caso Elmer, exposto no terceiro capítulo, no qual a decisão judicial dada pela Suprema Corte Americana contrariou a legislação que regulamentavam a validade dos testamentos patrimoniais e não estabeleciam, na época, vedações ao recebimento de herança em caso de assassinato do doador pelo donatário.

jurisdicional na aplicação do direito. Inclusive, é comum se deparar com críticas relacionadas ao ativismo judicial, à judicialização da política, entre outros, que invocam como causa do problema a falta de deferência do aplicador do direito ao texto legal, desconsiderando toda a ruptura paradigmática dada pela filosofia da linguagem e pelo constitucionalismo principiológico.

Dessa forma, a proposta de uma ordem jurídica garantidora da segurança jurídica pelos textos normativos – fruto do modelo teórico do positivismo jurídico - enfrenta seu desencantamento, tendo em vista a impossibilidade de conter a liberdade decisória com base nessa pressuposição. Insistir nessa visão apenas gerará a impressão de que o direito aplicado pelo judiciário é apenas uma quimera, marcado pela incerteza da binariedade, especialmente se consideramos que o direito contemporâneo é formado por textos normativos abertos (princípios), com significados indefinidos abstratamente, favorecendo a adoção de diferentes posições interpretativas, que impossibilitam, desse modo, qualquer tentativa de previsibilidade do direito.

Ainda que as teorias céticas, como o realismo jurídico estudado no capítulo terceiro, possam ser apresentadas como uma resposta inevitável para essa problemática da incerteza do direito, elas não engrandecem o princípio da segurança jurídica, compreendida como a garantia aos cidadãos de expectativas recíprocas dadas pela ordem jurídica. Ao considerar que a interpretação é um ato de vontade - e não de conhecimento – do aplicador do direito, culmina inevitavelmente em um decisionismo arbitrário e voluntarista, insuscetível de qualquer controle de resultado, ainda que as condutas reguladas pelo direito sejam idênticas. Ademais, essa visão pragmática do direito compromete qualquer defesa da legitimidade da decisão judicial sob o contexto do Estado Democrático do Direito, já que a aplicação do direito se torna refém da visão pessoal e subjetiva da autoridade judicial e, desse modo, avessa ao debate democrático.

Adverte-se, por outro lado, que a abertura principiológica do direito não significou o fim do textualismo jurídico e da discricionariedade judicial. Com efeito, conforme apontado no capítulo primeiro, em diversas ocasiões os juristas fazem a aplicação dos princípios por meio de conceitualizações prévias dadas pela dogmática jurídica, fazendo a aplicação de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes:

Essa construção dogmática é fruto de uma espécie de adaptação darwiniana do positivismo jurídico ante a crescente judicialização do Direito, que funciona, partir da elaboração de conceitos jurídicos com objetivos universalizantes, utilizando, inclusive, os princípios constitucionais. Estes deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, mas passaram a ser

anulados por conceitualização, que acabaram por transformá-los em "regras" ou "protorregras" (verbetes, conceitos lexicográficos, enunciados, súmulas etc.), E tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o Direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionlidade do Direito (Streck, 2014, p. 232).

Dessa maneira, é preciso repensar a aplicação do direito no contexto do constitucionalismo contemporâneo, superando a antiga visão tradicional que acredita que a segurança jurídica é assegurada pela textualidade do enunciado normativo, pois é preciso considerar que o direito contemporâneo é composto por normas-princípios e não simplesmente por regras. Por isso, a segurança jurídica no âmbito da aplicação judicial precisa ser estabelecida em novas bases conceituais, que seja compatível com o paradigma vigente no constitucionalismo contemporâneo, qual seja, o Estado Democrático de Direito, no qual as exigências de constitucionalismo e democracia devem se supor mutuamente, numa tensão de complementaridade. E como a problemática central exposta na presente tese diz respeito à segurança jurídica na aplicação dos princípios constitucionais, será necessário repensar a referida visão tradicional, uma vez que os direitos estabelecidos em tais normas, conforme já examinado, não são um dado prévio, mas precisam ser construídos com base nas especificidades do em caso concreto. Logo, sem desconsiderar a necessidade de levar a sério os conteúdos valorativos dos direitos fundamentais, é de fundamental importância um olhar como o significado desses direitos são construídos na aplicação judicial.

E diante da relação de complementaridade do referido paradigma jurídico, somente será possível compreender a segurança jurídica se ela contemplar a efetiva participação dos afetados (democracia) na construção e na execução dos direitos fundamentais (constitucionalismo), buscando uma interpretação que seja coerente com o sistema jurídico como um todo, tratando todos com igual respeito e consideração (igualdade), de modo que o resultado de cada decisão forme uma continuidade interpretativa e não uma serie de decisões distintas, considerando os argumentos das partes e as circunstâncias do caso concreto, para que a atividade judicial não seja um ato solitário e imprevisível.

Nesse contexto, tendo como base a teoria do direito como integridade, emerge como um instrumento essencial no direito brasileiro para a reconfiguração da segurança jurídica, a garantia constitucional do contraditório¹⁶³, uma vez que possibilita a concretização da

¹⁶³ No Brasil, desde a Constituição Federal de 1988, o contraditório passa a constar, tanto nos processos judiciais, como nos processos administrativos, como uma garantia fundamental de todos aqueles que participam como parte deles.

democracia no constitucionalismo principiológico, garantindo a igualdade processual entre as partes, bem como a efetiva possibilidade das partes influenciar na formação das decisões judiciais. Com efeito, a democracia, fundada na valorização da participação e autodeterminação da sociedade, irá impor que a decisão judicial seja um provimento dado em um processo sustentado pela garantia de efetiva participação - em simetria de paridade - daqueles que se destinam os efeitos da decisão final proferida no processo judicial, influenciado diretamente na concretização dos direitos fundamentais, mote do constitucionalismo contemporâneo. Razão disso, é no respeito ao contraditório que a segurança jurídica poderá fincar suas bases para construção de uma decisão mais democrática e, ao mesmo tempo, garantidora dos direitos fundamentais.

Tradicionalmente, o contraditório era traduzido pelo binômio ação-reação, que garantia as partes processuais o pleno conhecimento dos atos – o direito de informação-, bem como a possibilidade de pronunciamento a seu respeito, manifestando-se sobre todos elementos fáticos e jurídicos contidos nos autos, com apresentação ou requerimentos de provas – o direito de reação. A esse aspecto, relacionado ao direito de informação e reação, a doutrina denomina de dimensão formal do contraditório, caracterizado pelo princípio da audiência bilateral:

Algumas obras clássicas da literatura jurídica propagaram a ideia de contraditório como o princípio da audiência bilateral, com base na perspectiva de que ao réu deve ser garantida a oportunidade de se defender. Esse entendimento estático, inerte, do contraditório continua, infelizmente, ainda sendo transmitida e assimilada por profissionais do direito. A função do contraditório, portanto, sob a ótica formal, é permitir a oportunidade de a parte reagir ou evitar posição jurídica desfavorável. Verifica-se, assim, um binômio fundamental ao redor do qual gravita o princípio: informação-reação (Carvalho; Garcia, 2018, p. 487-488).

Todavia, conforme aponta Daniela Silveira (2015, p. 4), essa posição está baseada no modelo liberal de processo, que é visto com um duelo entre as partes e assistido pelo julgador, que adotará o provimento de forma independente, seguindo seu livre convencimento. Assegurava-se às partes o “direito de falar”, mas não se respeitava seu “direito de ser ouvido”. Conforme muito bem esclarece Alexandre Câmara, o contraditório precisa ser compreendido como direito de ser ouvido, que é muito mais do que o mero direito de falar. *“Não é por outra razão que nos textos jurídicos de língua inglesa o contraditório é chamado de right to be heard (direito de ser ouvido), como se pode ver, por exemplo, em Frédérique Ferrand”* (Câmara, 2015, p. 1-2).

Por isso, atualmente, o direito ao contraditório é compreendido também como o direito de influenciar a decisão judicial, protegendo as partes contra surpresas do provimento final (direito da não-surpresa). Sob essa ótica, o princípio do contraditório passa a vincular não apenas as partes, mas também o próprio juiz, que somente poderá fundamentar a sua decisão definitiva em questões que foram anteriormente debatidas pelas partes, vedando, desse modo, a chamada decisão surpresa, na qual são utilizadas razões pessoais e não debatidas no processo. Portanto, o contraditório não mais se efetiva apenas com a comunicação dos atos processuais e o direito de se manifestar das partes, mas com a exigência de influenciar no conteúdo da decisão:

[...] mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo (Freitas, 1996, p. 96-97).

Esse aspecto do contraditório é chamado de dimensão material ou substancial, compreendendo com a garantia das partes de trazer em juízo, por intermédio de um diálogo participativo, as suas razões e fundamentos (teses) a fim de colaborarem e influenciarem na prolação das decisões judiciais (resultado do processo):

A faceta substantiva da garantia consiste, por sua vez, na possibilidade de influência no convencimento do órgão julgador. O contraditório não se implementa apenas com a ouvida ou ciência da parte, sendo necessário também lhe assegurar a possibilidade de influenciar na decisão a ser tomada pelo juiz, a fim de evitar “decisões surpresa”. A democracia pressupõe participação para legitimar o Estado e o exercício do poder. Transmutada esta noção para o processo civil, as partes têm o direito de participação e de influência na construção da decisão judicial, sendo coautoras deste produto juntamente com o órgão julgador (Mesquita, 2013, p. 62)

Dessa forma, a efetiva participação das partes no debate judicial, em pleno conhecimento-reação, mas sobretudo no direito de influenciar a decisão judicial, elevam o processo como instrumento democrático e garantidor da previsibilidade da decisão judicial. Conforme Antônio Cabral, o novo elemento do contraditório (direito de influenciar) relaciona-se ao exercício da democracia através do discurso, a adoção da democracia deliberativa, de

modo que os indivíduos não são considerados objetos das decisões estatais, mas seus coautores: “*discussão argumentativa pluralista, retirando do indivíduo a condição de súdito (que se submete) para o status de ativo co-autor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e participe desse processo*” (Cabral, 2009, p. 115).

Por certo, ao assegurar a participação ativa das partes na construção da decisão, não somente expondo fatos e delimitando o objeto do processo, mas, também, na construção do significado dos textos normativos a ser dado no provimento decisório - que passa a ser fruto do debate, do diálogo entre os sujeitos processuais – gera, certamente, maior controlabilidade decisional, na medida em que impede que a decisão seja baseada apenas em razões pessoais e subjetivas do julgador. O direito ao contraditório, ao exigir que todas as questões processuais sejam previamente debatidas pelos destinatários dos efeitos da decisão, corrobora para a garantia da segurança jurídica.

Portanto, o princípio processual do contraditório torna-se um importante instrumento para a segurança jurídica no sistema de princípios do direito. A previsibilidade do direito não é mais garantida pela semântica do texto normativo, mas pelo rigor procedimental, marcado pela efetiva participação das partes, em igualdade de condições, no desenvolvimento de todos os atos processuais, incluindo a decisão final. Além disso, faz-se presente também um aspecto substancial, na medida em que a previsibilidade do direito decorre da impossibilidade de o julgador fazer escolhas decisórias conforme seu livre arbítrio. A decisão passa a ser construída a partir do direito de influência das partes (aspecto material do direito do contraditório), considerando as particularidades do caso concreto e a história jurídica dos direitos consagrados ao longo dos tempos em determinada sociedade.

Ademais, essa recompreensão da segurança jurídica atende a práxis jurídica contemporânea, na qual se defende, entre os temas, a normatividade dos princípios, o controle do discurso jurídico e o respeito à autonomia pública, satisfazendo o binômio da democracia e do constitucionalismo (paradigma do Estado Democrático de Direito). Leva em consideração tanto o respeito à história institucional (coerência normativa), quanto a exigência de aceitabilidade racional (participação efetiva na decisão judicial), para que a prática jurisdicional cumpra sua função socio-integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do direito, haja vista que a democracia pressupõe participação da sociedade para legitimar o exercício de poder pelo Estado. Nesse sentido, leciona Habermas:

No âmbito da prática das decisões judiciais, ambas garantias têm de poder ser resgatadas simultaneamente. Não basta transformar pretensões conflitantes

em pretensões jurídicas e decidi-las de modo vinculantes por meio de suas exigências perante a Corte. Para cumprir a função socio integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, os juízos proferidos precisam satisfazer ao mesmo tempo a pretensão de decisões consistentes e aceitabilidade racional (Habermas, 2020, p. 258)

Pontue-se que a garantia do contraditório no processo decisório está em perfeita sintonia com a teoria do direito como integridade apresentada no capítulo terceiro, pois compreende e valoriza as divergências que ocorrem na aplicação do direito, sendo refratária à visão semântica do direito. Além disso, possui conformidade com giro linguístico ocorrido na filosofia, no qual a “verdade” na interpretação não existe como um dado pré-existente à compreensão, mas se trata de uma verdade construída dialogicamente pelo intérprete, o que, mais uma vez, reforça a necessidade do contraditório como condição de existência da segurança jurídica no direito moderno. Por certo, as divergências que ocorrem na aplicação dos princípios não podem ser superadas por critérios linguísticos e não é possível definir *a priori* seus conteúdos, que deverá ser construído a partir de situação concreta, cujo significado da norma será construído argumentativamente, tendo como base a faceta substancial do contraditório.

Além disso, rompendo com a liberdade decisória do positivismo jurídico, que expressamente admite, especialmente nos chamados “casos difíceis”, assim como do realismo jurídico, que não leva à sério as decisões políticas passadas e permite ampla margem de subjetividade do intérprete, que se vincula apenas em estabelecer o que é melhor, segundo suas próprias convicções, para o futuro da sociedade, Dworkin propõe que o processo interpretativo observe o “romance em cadeia”, exigindo uma atitude de continuidade às decisões anteriores (e não com um série de decisões distintas, como ocorre na chamada jurisprudência zigue-zague), ainda que seja para fundamentar a alteração ou superação da interpretação passada: “*a decisão judicial é como mais um capítulo de nossa história institucional, o juiz deve procurar escrevê-la da maneira mais coerente possível com aquela história; claro que deve estar atento aos erros do passado de modo a não os repetir.*” (Fernandes, 2009, p. 83). Assim, no direito como integridade há uma exigência de continuidade interpretativa do mesmo material interpretado anteriormente com sucesso, pois, assim como um autor de um livro escrito na forma de um romance em cadeia, a interpretação não pode se basear em opiniões e compreensões pessoais do intérprete. Sobre esse específico, complementa Rafael Costa:

Cada juiz deve analisar, na pureza da consciência fenomenológica, sua própria interpretação, perguntando-se se poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em

um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisional e evitando que o princípio da íntima convicção seja sinônimo da subjetividade avassaladora do intérprete. É preciso testar a validade da norma geral do caso concreto em relação à sua aplicação para todos os casos semelhantes (universalização da argumentação), legitimando a decisão pela sua forma e pelo seu próprio conteúdo (Costa, 2016, p. 708).

Registre-se que, embora as decisões anteriores constituam um forte argumento em favor da continuidade, a integridade não engessa as mudanças ou rupturas em relação aos entendimentos firmados anteriormente. O que é importante na integridade é a exigência de uma interpretação reflexiva do passado, o que poderá ensejar, inclusive, o entendimento que a melhor interpretação será uma modificação do entendimento anterior. O que não poderá deixar de existir é a fundamentação coerente e respaldada pelo contraditório, a qual deve demonstrar os motivos pelos quais a interpretação passada não era a melhor e, por isso, a necessidade de se reformular a interpretação pretérita. A interpretação exige uma reconstrução racional dos atos políticos a partir de princípios, dando ao direito, como conjunto destes atos políticos, um tipo particular de unidade e coerência, no qual o provimento dado é um ato sustentado pelo que as partes formularam no processo em contraditório.

Portanto, a teoria dworkiniana impõe um papel diferente ao aplicador, pois precisa a todo momento reconstruir argumentativamente o direito a sua melhor luz da sua história institucional¹⁶⁴, a qual deve ser interpretada de forma coerente, como um empreendimento coletivo de uma comunidade de princípios, tratando todos os membros dessa comunidade com igual respeito e consideração.

A exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. [...] O Direito como integridade, então, exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo. Uma interpretação de qualquer parte de nosso Direito deve, portanto, levar em consideração não somente a substância das decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias (Dworkin, 2007, p. 257 e 292).

¹⁶⁴ Aliás, uma das virtudes políticas que se acoplam a integridade, conforme teoria de Dworkin, é a “*fainners*”, a qual também pode ser entendida como certeza ou respeito às regras do jogo, conforme defende o Professor José Ommati (2004, p. 78). Assim, tal virtude exige que o argumento judicial tenha coerência com as decisões passadas, sobretudo quando as pessoas possuem discrepâncias sobre qual decisão a ser tomada em razão de desacordos sobre visões de justiça.

Desse modo, a defesa do contraditório sob o prisma da teoria do direito como integridade para a recompreensão da segurança jurídica tem a especial vantagem de valorizar o Estado Democrático de Direito, tornando os indivíduos coautores na construção das decisões judiciais. Assim, a segurança migra da previsibilidade de um resultado baseado no texto jurídico, para a garantia de direitos participativos nos processos de tomada de decisão estatal, pautada pelo contraditório e pela necessidade de uma interpretação coerente com o sistema de princípios de uma comunidade. O constitucionalismo passa, então, a ser considerado em seu sentido plural, pois, conforme leciona Rosenfeld (2003): *“ele [constitucionalismo] precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade.”* Sobre o ponto, discorre Rafael Costa:

No Estado de Direito, a norma a ser aplicada ao caso concreto não pode ser produto da subjetividade do julgador, mas deve obter o reconhecimento por parte da sociedade pelo convencimento racionalmente motivado de seus processos de elaboração e interpretação-aplicação. [...] Em suma, a decisão, para ser legítima, não pode depender da subjetividade do intérprete. Os sentidos não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma, desvencilhando-se da intersubjetividade e das decisões anteriores (Costa, 2016, p. 697-709)

Essa compreensão do contraditório como garantia de um processo democrático e promotor da segurança jurídica, permite, inclusive, reavaliar temas como o ativismo judicial, a judicialização da política, entre outros. Em específico, na problemática apresentada no primeiro capítulo da tese, relacionada às oscilações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podemos avaliá-la com base nessa nova ótica. Com efeito, retomando os casos judiciais analisados no capítulo primeiro, podemos destacar as seguintes situações reveladoras da crise da segurança, que vai muito além da oscilação de entendimentos judiciais, mas, especialmente, pelas vicissitudes ocorridas no processo decisório, que não observam o contraditório na sua dimensão de direito de influenciar, nem há uma busca de coerência interpretativa com o sistema de princípios constitucionais.

Nesse sentido, podem ser destacadas, de forma sintética, as seguintes violações à concepção de segurança jurídica sustentada, a partir de um cotejo com os casos judiciais analisados:

A *uma*, o emprego dos princípios constitucionais como conceitos naturalizados, bloqueando um debate franco entres os sujeitos processuais na construção dos seus significados. A perspectiva material do contraditório (direito de influenciar) mostra-se, portanto, ausente. Veja

nesse sentido, a decisão proferida no Habeas Corpus n. 126.292/SP, no qual constou expressamente do acórdão, como argumento para validar a prisão após a condenação em segunda instância, que aquele Órgão do judiciário não precisa analisar questões de interesse específico das partes ou as circunstâncias do caso concreto:

“Não custa insistir que os recursos de natureza extraordinária não têm por finalidade específica examinar a justiça ou injustiça de sentenças em casos concretos [...] Vale dizer, o Supremo Tribunal Federal somente está autorizado a conhecer daqueles recursos que tratem de questões constitucionais que transcendam o interesse subjetivo da parte, sendo irrelevante, para esse efeito, as circunstâncias do caso concreto” (Brasil, STF, 2016, grifou-se).

A *duas*, verifica-se uma completa ausência de exposição clara e consistente dos motivos pelos quais ocorreu a superação do entendimento fixado em precedente judicial anterior. Essa situação dá azo a qualquer resultado para a decisão judicial, possibilitando o chamado efeito surpresa da decisão, que violam o princípio do contraditório e o ideal de integridade do direito e, conseqüentemente, frustra a garantia da segurança jurídica. Veja, por exemplo, conforme citado no capítulo I, o caso da alteração de entendimento quanto à perda do mandato por infidelidade partidária para os cargos majoritários. Na ADI 3999/DF, decidiu-se que o princípio da fidelidade partidária se aplicava indistintamente a todos os cargos, sejam eles obtidos pelo sistema proporcional ou pelo sistema majoritário. No entanto, na ADI n. 5081/DF firmou-se que o princípio da infidelidade partidária já não mais se aplicaria aos cargos políticos eleitos por meio do sistema majoritário de eleições, sem um claro e público debate das razões que levam a modificação do entendimento.

A *três*, o uso de justificativas baseadas em argumentos de natureza política, com viés consequencialista (o que é melhor para sociedade), com uma preocupação voltada para o resultado do julgamento, sem a devida preocupação com a natureza deontológica do direito e, sobretudo, da necessidade de levar em consideração todos os aspectos do caso concreto apresentados pelas partes (fatos, provas, legislação, precedentes) e a coerência normativa do direito. Nesse sentido:

“Em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa aguardando o referendo da Suprema Corte. [...] Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e

*favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a **quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal**, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento” (Brasil, STF, 2016, grifou-se).*

Por fim, a partir dessa nova releitura do modo pelo qual a segurança jurídica deve ser assegurada no direito contemporâneo, os seus elementos estruturantes, expostos no segundo capítulo, podem ser redefinidos da seguinte forma¹⁶⁵: o elemento cognoscibilidade, situado no momento presente de aplicação do direito, exige que a decisão judicial observe a necessidade de justificação coerente dos conceitos jurídicos utilizados para solução do caso concreto, contando com a efetiva participação dos sujeitos nessa construção, cujos argumentos devem ser considerados pelo julgador, que não é livre para escolher as razões de decidir. Envolve especialmente a necessidade de uma fundamentação consistente, por meio de processo argumentativos intersubjetivamente controlável, pautado pela garantia do contraditório; o elemento confiabilidade, em seu aspecto retrospectivo, irá exigir que as decisões judiciais não podem ser produto da vontade daquele que, embora competente, aplica a norma, esquivando-se das decisões anteriores e dos argumentos expostos pelos demais sujeitos processuais. Aqui se insere a proposta do romance em cadeia proposto por Dworkin na construção da decisão judicial, evitando-se mudanças jurisprudenciais sem devida justificativa e coerência às decisões políticas adotadas anteriormente; por fim, o elemento calculabilidade ou previsibilidade, irá exigir que a decisão judicial não configure uma surpresa para as partes, as quais devem previamente manifestar sobre todas as questões processuais, exigindo o respeito ao princípio do contraditório (direito de influência).

Em síntese, diante de todo o exposto, a segurança jurídica no constitucionalismo contemporâneo impõe especial atenção à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados (integridade do direito), dando especial relevo ao princípio do contraditório, o qual exige que a decisão judicial se afirme argumentativamente, por meio de uma justificativa coerente da resposta aplicada na solução do caso judicial,

¹⁶⁵ Aqui é válido lembrar, conforme já exposto no segundo capítulo, que tais elementos são interdependentes, com pouco espaço para diferenciações autônomas. O único aspecto mais visível seria uma diferenciação, para fins didáticos, relacionada o aspecto temporal de contemplação da segurança jurídica.

considerando todos os aspectos do caso concreto (fatos, provas, legislação, precedentes) e garantindo aos participantes o esclarecimento discursivo de todas as questões fáticas e jurídicas, a partir de um franco diálogo intersubjetivo entre os sujeitos processuais, que se tornam coautores na construção do significado das normas jurídicas que resolverão a situação concreta.

6 CONCLUSÃO

Conforme visto, a segurança jurídica apresenta-se como linha mestre do direito, pois constitui a garantia que proporciona conhecer e prever as consequências jurídicas das condutas humanas. Por isso, possui intrínseca vinculação como a própria definição de direito, uma vez que atua como pressuposto de sua legitimidade, promovendo expectativas recíprocas que o direito busca estabelecer aos cidadãos, evitando-se que seja surpreendido com consequências jurídicas arbitrárias. Afinal, as limitações ao poder estatal e até mesmo o exercício de liberdades fundamentais exigem que os cidadãos saibam como as normas jurídicas lhes serão vinculantes, protegendo e preservando as suas justas expectativas. Por isso, a segurança jurídica é um princípio jurídico imanente ao conceito de direito, permitindo que as pessoas organizem sua vida individual e coletiva em conformidade com a previsibilidade normativa das expectativas recíprocas de comportamentos que foram asseguradas pelo direito.

Noutro giro, o direito sofreu grandes transformações sob o paradigma do constitucionalismo contemporâneo. Nessa nova fase, os direitos fundamentais veiculados por normas-princípios irradiam seus efeitos sobre toda a ordem jurídica, impondo deveres de atuação nas esferas estatais e privadas. Assim, a antiga visão positivista de aplicação subsidiária dos princípios é alterada substancialmente, pois a sua incidência não decorre somente quando há lacunas do direito, mas como fonte normativa de aplicação direta e imediata, fruto da exigência do ideal de justiça. De fato, é patente na jurisdição constitucional o papel desempenhado pelos princípios na definição de direitos, que adquiriram o *status* de norma jurídica, com a capacidade de tutelar de forma direta e imediata todas as situações que amparam.

Em vista disso, a pesquisa mostrou-se de suma importância em abordar esses dois temas centrais no debate jurídico contemporâneo: segurança jurídica e princípios. Com efeito, a nova “era dos princípios” tem proporcionado grandes discussões teóricas sobre como controlar racionalmente a sua aplicação judicial. Isso porque, essas disposições normativas são veiculadas em textos semanticamente abertos e de significado indefinido abstratamente, isto é, sem indicação das consequências imediatas que ocorrerão em caso de sua incidência. Por conseguinte, as ideias tradicionais que estruturam a definição de segurança jurídica, especialmente a previsibilidade ou calculabilidade do direito, enfrentam dificuldades de operacionalização, em razão da impossibilidade de se obter nesses textos normativos abertos uma forma segura de prever o resultado pelo jurisdicionado.

Isso tem refletido na prática jurisdicional brasileira, tendo em vista que o conjunto de casos analisados no primeiro capítulo revelaram uma ausência de previsibilidade pelos jurisdicionados sobre o resultado da aplicação dos princípios constitucionais. A possibilidade de prisão após condenação criminal em segunda instância, a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária, entre outros temas, sofreram constantes alterações de entendimentos, com idas e vindas, tendo como norte a interpretação de um mesmo princípio constitucional, gerando a ocorrência de uma jurisprudência zigue-zague. Essa constatação fomenta severas críticas na sociedade brasileira quanto a uma crise da segurança jurídica na aplicação judicial do direito, em especial pela Suprema Corte brasileira.

Para referendar o estudo dessa problemática, conforme examinado no segundo capítulo, constatou-se que o conceito de segurança jurídica possui estreita ligação com o próprio conceito do direito, uma vez que proporciona que as expectativas recíprocas asseguradas sejam, de fato, garantidas a todos os cidadãos. Por isso, conclui-se que a segurança jurídica não se coaduna com discricionariedade judicial, pois discursos jurídicos, baseados na vontade pessoal e livre do intérprete, impossibilitam que se obtenha qualquer previsibilidade do direito, violando a característica central da segurança jurídica.

Por outro lado, as teorias jurídicas do positivismo e do realismo não fornecem respostas para enfrentar esse decisionismo judicial na aplicação dos princípios constitucionais. Aliás, pelo contrário, o positivismo jurídico normativista, sob o pensamento kelseniano e hartiniano, reconheceu o poder criativo do julgador em diversas situações em que o texto normativo for insuficiente para solução do caso sob julgamento. Por exemplo, as lacunas do direito e, notadamente, a indeterminação do texto normativo (como ocorre nas normas-princípios), deslocam para o intérprete o poder discricionário de definição da norma jurídica solucionadora do caso concreto. De igual modo, o realismo jurídico, é uma teoria cética do direito e aberta ao poder discricionário do intérprete, entendendo que não existe direito objetivamente dedutível das convenções, como os costumes, as leis ou os antecedentes judiciais. O direito, para essa corrente, é uma permanente criação do juiz no momento em que ele decide.

Em contrapartida, a teoria do direito como integridade mostrou-se crítica à discricionariedade judicial. Ela adota a perspectiva do direito como uma prática interpretativa, a qual exige do intérprete a construção argumentativa coerente com a narrativa do caso concreto e com a história institucional (precedentes judiciais, leis e os princípios constitucionais), pois, assim como um autor de um livro, escrito na forma de um “romance em cadeia”, a interpretação

não pode se pautar pelas opiniões e compreensões pessoais do intérprete, mas deve dar continuidade à narrativa de maneira coerente (com integridade) ao que já foi escrito. A proposta do direito como integridade requer a chamada interpretação construtiva, que demanda a verificação de uma intencionalidade ou propósito ao texto normativo e a prática social a ser interpretada, buscando, em um primeiro momento, estabelecer um consenso sobre as proposições mais genéricas do texto ou da prática interpretada (conceito), passando, em um segundo momento, a considerar as antagônicas interpretações acerca das exigências e da forma de compreender esse texto ou prática social (concepções). E, por último, em uma etapa pós-interpretativa, evidenciar quais das justificativas apresentadas e aceitas na etapa anterior melhor justificam o conceito empregado da norma jurídica

A proposta dworkiniana enfrenta a questão da discricionariedade judicial na aplicação do direito, diferenciando, por exemplo, do método da ponderação alexyano, que projeta um modelo de valores na estrutura normativa. A teoria da integridade busca ser explicativa e propositiva do direito, pois compreende a nossa prática judicial ao inserir os princípios como padrões normativos obrigatórios, bem como suplanta o modelo de regras do positivismo jurídico, ao exigir responsabilidade do julgador em apresentar e debater os argumentos que embasam a resposta dada na solução judicial de um caso concreto, que deve levar em consideração as decisões políticas anteriores da mesma maneira que um conjunto de escritores escrevem os capítulos de um romance. Além disso, impõe ao intérprete compreender o direito aplicável sob a sua melhor luz, valendo-se da interpretação construtiva, que considera a coerência de princípios existente naquela comunidade vista como um ente personificado, que possui uma moral própria e distinta dos indivíduos, os quais se sentem como autores das decisões políticas, fortalecendo a autoridade moral do Direito e o dever de respeito às obrigações políticas e jurídicas.

Ademais, a concepção do direito como integridade, ao exigir um rigor argumentativo do intérprete, corrobora para legitimação da decisão judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito e rompe com a visão semântica do direito – de que as divergências no direito se restringem a uma simples questão de fato. A “verdade” na interpretação não existe como um dado pré-existente à compreensão, mas se trata de uma “verdade” construída dialogicamente pelo intérprete. As divergências que ocorrem na aplicação do direito não podem ser superadas por critérios linguísticos e não é possível definir, previamente, conteúdos para os textos normativos, sobretudo as normas-princípios, pois o conteúdo é dado a partir de situação concreta, cujo significado da norma será construída argumentativamente.

E tudo isso reflete diretamente para compreensão da segurança jurídica no direito contemporâneo. Agora, não é mais crível assegurá-la no âmbito da aplicação judicial, conforme pensa o senso comum teórico, pela existência de regras jurídicas detalhadas que regulam as situações em concreto. Afinal, as sociedades modernas são marcadas por sua complexidade e dinamismo, que impactam na construção do direito. Isto é, há uma impossibilidade empírica de regulação das consequências de todas as condutas humanas, ainda mais em uma sociedade plural com diferentes visões de mundo entre os indivíduos. E ainda que seja exaustivamente regulada por textos jurídicos, essas regulamentações podem gerar efeitos adversos, com uso de regras que gerem violações de direitos fundamentais consagrados no processo civilizatório da humanidade, conforme demonstrou a experiência dos regimes autoritários do século XX. Dessa forma, é empiricamente implausível no atual momento do constitucionalismo um modelo de segurança jurídica baseada exclusivamente na textualidade dos enunciados normativos.

Insistir nessa visão tradicional apenas gerará a impressão de que o direito aplicado pelo judiciário é apenas uma quimera, especialmente se consideramos que o direito contemporâneo é formado por princípios, com significados indefinidos abstratamente, favorecendo, assim, diferentes posições interpretativas. E as teorias céticas quanto à interpretação nada contribuem para engrandecer o princípio da segurança jurídica. Ao considerar que a interpretação é um ato de vontade, possibilita um decisionismo arbitrário e voluntarista do intérprete, insuscetível de qualquer controle racional. Na realidade, essa visão pragmática do direito compromete qualquer defesa da legitimidade da decisão judicial sob o contexto do Estado Democrático do Direito, já que a aplicação do direito se torna refém da visão pessoal e subjetiva da autoridade judicial, com evidente confusão entre as atividades legislativas e judiciais.

Com efeito, o atual paradigma apresentado (Estado Democrático de Direito) exige uma relação de complementaridade entre constitucionalismo e democracia, isto é, é preciso que o direito seja validado por conteúdos específicos (direitos fundamentais), mas, ao mesmo tempo, esses direitos sejam significados de forma participativa e inclusiva pela sociedade (democracia). Ademais, diante dos impactos advindos da chamada crise da ciência moderna, na qual se revelou a impossibilidade de um conhecimento objetivo, imutável e a-histórico, assim como na dianteira das transformações promovidas pelo chamado giro linguístico, percebeu-se que o direito não é uma linguagem ideal, neutra e automaticamente aplicável. Não há mais como cindir o sujeito (influenciado por suas pré-compreensões) do objeto interpretado, bem como não há mais como desconsiderar que, no nível discursivo da linguagem, não há acordo de significação que se pressupõe existir, havendo apenas uma compreensão irrefletida,

que requer uma argumentação justificadora. Por isso, a nova hermenêutica jurídica é ciente que não há mais textos que se interpretam por si só, na qual o sujeito pode de forma neutra revelar seu significado. Assim, o direito é dependente da linguagem, a qual está imersa em um horizonte histórico e social, marcada por dinamismos, tradições, visões de mundo e interesses conflitantes.

Nessa conjuntura, considerando especialmente essa relação de complementaridade do referido paradigma jurídico (constitucionalismo e democracia), destaca-se como condição para a recompreensão da segurança jurídica, sobretudo no âmbito da aplicação judicial dos princípios, a necessidade de um respeito aos conteúdos éticos constitucionais (direitos fundamentais), impedindo decisões que atente contra esses direitos e, em especial, o princípio da igualdade. Por isso, o intérprete deve buscar a coerência normativa do direito, de modo que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios. Nesse sentido, a previsibilidade como elemento caracterizados da segurança jurídica, associa-se à coerência da decisão com os direitos fundamentais. Por outro lado, esses direitos fundamentais, estabelecidos em normas-princípios, não tem seu significado previamente estabelecidos pela mera textualidade, exigindo uma construção que seja responsiva ao pluralismo das sociedades contemporâneas. Nessa perspectiva, as decisões judiciais precisam ser produzidas com respeito a um processo deliberativo transparente e inclusivo, razão pela qual ganha relevância o princípio do contraditório, especialmente na sua faceta de “direito de influência”, possibilitando que os destinatários das decisões sejam também responsáveis pela sua formação.

O princípio do contraditório tem a grande vantagem de conectar a segurança jurídica ao referido paradigma, na medida em que exige a participação efetiva e igualitária das partes em todas as etapas do processo e na construção do significado das normas jurídicas que solucionarão o caso em concreto, além de compatibilizar com a proposta teórica do direito como integridade defendida na pesquisa. Com efeito, a teoria da integridade, consoante estudado, concebe o direito como uma prática interpretativa que demanda do intérprete a construção de uma argumentação coerente com o caso concreto e a história institucional, afastando-se de opiniões pessoais e livres do intérprete. À vista disso, o contraditório é a ponte (apoio) para a construção dialogada da verdade interpretativa, protegendo as partes contra a decisão surpresa (imprevisibilidade).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme analisado, não se pode pensar em constitucionalismo sem democracia, nem tampouco em democracia sem constitucionalismo. Dessa forma, a segurança jurídica, no direito contemporâneo, passa a ser

compreendida pela exigência de coerência normativa da decisão judicial com os princípios que as decisões passadas pressupõem, atendendo ao elemento do Estado de Direito (constitucionalismo), bem como pelo respeito ao princípio do contraditório, especialmente no seu direito de influenciar, atendendo ao elemento do Estado Democrático (democracia).

Por isso, a densificação dos princípios constitucionais não podem ser produto da vontade subjetiva e solitária do aplicador da norma, mas dependente do diálogo intersubjetivo entre os sujeitos processuais, que participam ativamente na construção dos significados, assegurando clareza e legitimidade à solução do caso. O estudo dos casos judiciais no capítulo primeiro mostrou que os julgadores, em diversos momentos, ainda adotam uma abordagem semântica do direito, na qual o intérprete se limita a uma interpretação rígida e superficial dos princípios, apenas recorrendo a sua formulação textual, sem considerar o contexto e as especificidades do caso concreto, o que as partes argumentaram, os entendimentos anteriores, bem como a coerência normativa do sistema jurídico, vulnerando, desse modo, a segurança jurídica.

Desse modo, a presente pesquisa atingiu os objetivos pretendidos, uma vez que revelou a ocorrência de uma crise da segurança jurídica na jurisdição constitucional brasileira, a qual, vai muito além da simples variação de entendimentos judiciais, mas, particularmente, pelas vicissitudes dos discursos jurídicos apresentados nos casos analisados. Com efeito, a ausência de justificativas que ensejaram a superação do entendimento fixado em precedente judicial anterior, a aplicação dos princípios como conceitos naturalizados, o uso de argumentos de autoridade e a crença na liberdade decisória (livre convencimento motivado), foram problemas, entre outros, encontrados no exame de importantes decisões judiciais.

Além do mais, a pesquisa conseguiu fornecer respostas para reconectar a segurança jurídica no sistema de princípios do direito, refutando o ceticismo jurídico. Ultrapassou o entendimento que sugere que os intérpretes podem aplicar os princípios como uma licença em branco, argumentando com base em convicções pessoais ou como descobridores de valores morais ocultos na constituição, tornando inexistente as fronteiras entre as atividades legislativas e judiciais. Bem assim, restou confirmada a hipótese formulada de que segurança jurídica não pode ser compreendida ou assegurada, no campo da aplicação judicial, com base na textualidade jurídica do direito, passando a ser compreendida pela garantia do princípio do contraditório, especialmente na sua dimensão material, e referendada pela integridade do direito.

Portanto, não obstante a complexidade da temática, a pesquisa apresentou um novo olhar sobre a segurança jurídica no âmbito da aplicação judicial do direito. Ao mesmo tempo em que denunciou a discricionariedade judicial, buscou compreender a segurança jurídica no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, que exige, ao mesmo tempo, a coerência da decisão com os princípios consagrados na comunidade (constitucionalismo), bem como a efetiva participação dos afetados pela decisão (democracia). O paradoxo entre princípios e segurança jurídica pode, então, ser melhor enfrentado, pois a segurança não é mais tributária de uma mera textualidade jurídica, exigindo que aplicação judicial considere as exigências da integridade do direito e do princípio do contraditório. Desse modo, ainda que não esgotado o tema, a conclusão apresentada constitui um passo importante para recompreensão da segurança jurídica no contexto brasileiro da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANASTASIA, Antonio Augusto Junho. A insegura Segurança Jurídica. **Revista do TCU**, v. 1, n. 150, p. 16-21, 2022.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 21. ed. Porto Alegre: Globo, 1982.

AZEREDO, Amanda Helena Guedes. A inconstitucionalidade do *ius postulandi* na Justiça do Trabalho em face do princípio constitucional do contraditório. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária**, Caxias do Sul/RS, ano 4, n. 28, p. 22-50, fev. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das supremas cortes e tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença**, v. 16, n. 1, p. 217-266, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, v. 2, n. 1, p. 1-48, 2006.

BAUMANN, Jürgen. **Derecho Penal** Tradução ao castelhano por Conrado A. Finzi, Buenos Aires, 1981.

BEDÊ, Fayga Silveira. Caos e sentido: a morte da segurança jurídica, enterro e cortejo. *In: XVIII Encontro Nacional do CONPEDI/CESUMAR, 2009, Maringá*. Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI/CESUMAR, p. 3347-3368, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/05_1710.pdf. Acesso em: 01.07.2024.

BEDÊ, Fayga Silveira; BRILHANTE, Tércio Aragão. Da (in)segurança jurídica e de seu desamparo simbólico à ampliação do rol de intérpretes da Constituição. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (Nomos)**, v. 29, n. 1, p. 29/54, 2009.

BERMUDES, Sergio. Considerações sobre o efeito suspensivo dos recursos cíveis. **Revista da EMERJ**, v. 3, n. 11, p. 67-68, 2000.

BITTENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causa e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**. Tradução Marcio Pugliesi *et all.* São Paulo: Icone, 1995a.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995b.

BOLESINA, Iuri; DIAS, Felipe da Veiga. A decisão judicial mais adequada à “Constituição personificada” no atual constitucionalismo brasileiro e o paradigma da “roupa invisível” da interpretação positivista. In: CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Temas de jurisdição constitucional e cidadania: linguagem, racionalidade e legitimidade das decisões judiciais**. v. 1. Brasília: IDP, 2014.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 10.522, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110522.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007**. á nova redação ao art. 2o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5o da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11464.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 5.682/1971, de 21 de julho de 1971**. Lei Orgânica dos Partidos Políticos (revogada). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15682.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Lei Orgânica dos Partidos Políticos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997**. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Resolução TSE 22.610, de 25 de outubro de 2007**. Disciplina o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2007/resolucao-no-22-610-de-25-de-outubro-de-2007>. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. **Resolução TSE 22.733, de 11 de março de 2008**. Altera o art. 11 da Resolução-TSE nº 22.610, de 25 de outubro de 2007. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2008/resolucao-no-22-733-de-11-de-marco-de-2008>. Acesso em: 21 de ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 319.997/SC**. Primeira Seção. Acórdão julgado em 14 dez. 2002. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.214.790/CE**. Quinta Turma. Acórdão julgado em 14 dez. 2002. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 43**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 07 nov. 2019. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3999**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 12 nov. 2008. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5081**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 27 mai. 2015. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1049**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 18 mai. 1995. Relator: Min. Carlos Velloso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1976**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 28 mar. 2007. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.995**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 13 DEZ. 2018. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n 111.840**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 27 jun. 2012. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 123.316**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 09 jun. 2015. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 123.316**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 09 jun. 2015. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 02 set. 2016. Relator: Min. Teori Zavasqui. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 68.726**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 28 jun. 1991. Relator: Min. Neri da Silveira. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 69.957**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 18 dez. 1992. Relator: Min. Francisco Rezek. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 76534**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 03 mar. 1998. Relator: Min. Sydney Sanches. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 82.959**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 23 fev. 2006. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 05 fev. 2009. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 20.927**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 11 out. 1989. Relator: Min. Moreira Alves. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26.604**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 12 set. 2024. Relator: Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 nov. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 1235340**. Tribunal Pleno. Acórdão julgado em 04 out. 2007. Relator: Min. Carmen Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 698**. Não se estende aos demais crimes hediondos a admissibilidade de progressão no regime de execução da pena aplicada ao crime de tortura. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1500>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 54**. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2008. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1255#:~:text=%C3%89%20inconstitucional%20a%20exig%C3%Aancia%20de,para%20admissibilidade%20de%20recurso%20administrativo>. Acesso em: 21 ago. 2023.

BRESOLIN, Keberson. Klaus Günther e a nova perspectiva sobre a teoria da argumentação: justificação e aplicação. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 21, n. 2, p. 338-361, maio/ago. 2016. Disponível em: http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/4100/pdf_587. Acesso em: 15 jun. 2024.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo CPC e o princípio do contraditório**. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/17/o-novo-cpc-e-o-principio-do-contraditorio>. Acesso em: 22 out. 2024.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed., Almedina: Coimbra, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu: a expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. Tradução de Fernando Sá. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 366, p. 127-150, mar./abr. 2003

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. *in*: Miguel Carbonell (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARRAZA, R. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, Editora Malheiros, São Paulo, 2008.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 24. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo focado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista TST**, v. 68, n. 2, p. 67-84, Brasília, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, n. 88, p. 81-108, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do Direito. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick. A Interpretação das Leis: Um Problema metajurídico ou uma questão essencial do direito. De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Caderno Escola Legislativa**, v. 3, n. 5, p. 27-71, 1997.

CARVALHO, Leonardo Barbosa; GARCIA, Daiene Kelly. O princípio do contraditório no novo código de processo civil e a questão das decisões surpresas. **Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca**, v.3, n.1, jun. 2018.

CARVALHO, Lucas Borges de. **Constituição, democracia e integridade: a legitimidade política da jurisdição constitucional no Brasil**. 262f. Dissertação (Mestrado). Pontífica Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006;

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

CELLA, José Renato Gaziero. **Realismo Jurídico Norte-Americano e Ceticismo**. Disponível em: http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_28.pdf. Acesso em 24 de mar. de 2024.

COMANDUCCI, Paolo. **Democracia, derechos e interpretación jurídica: ensayos de teoría analítica del derecho**. Lima: Ara, 2010.

CORREIA, Fábio Túlio; RIBEIRO, Henrique Costa Cavalcante. Realismo Jurídico. **Revista da Esmese**, n. 7, 2004.

COSTA, Rafael de Oliveira. Entre o direito e a política: a criatividade e o “fechamento hermenêutico” no exercício da jurisdição constitucional. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 2, p. 692-720, mai/ago. 2016.

COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança jurídica e (im)previsibilidade do direito. **Revista Nomos**, v. 34, n. 1, 2014, p. 169-202.

CRISPIM, L. A. O direito contemporâneo e a era dos princípios. **Revista Prima Facie**, v. 2, n. 2, p. 12-22, 11.

DELGADO, José Augusto. **A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICIAIS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc. Acesso em: 02 de fev. de 2024

DÍAZ, Elias, **Sociología y filosofía del derecho**, 2ª ed., Taurus, Madrid, 1980.

DIP, Ricardo Henry Marques. **Sobre a crise contemporânea da segurança jurídica**. Disponível em: <https://academia. irib. org. br/xmlui/handle/123456789/735>. Acesso em: 02 de fev. 2024.

DWORKIN, Ronald. Conferência de Dworkin proferida em 1990 em Tóquio. Trad. Menelick Carvalho Neto. In De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Caderno Escola Legislativa**, v. 3, n. 5, p. 27-71, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EVANS, Richard. J. **O Terceiro Reich no Poder**. São Paulo: Planeta, 2014.

FACCHI, Alessandra. **Breve história dos direitos humanos**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

FERNANDEZ NETO, Atahualpa. Os limites da interpretação constitucional: critérios para uma argumentação racional. In: SIMÕES, Sandro Alex de Souza; DIAS, Bárbara Lou da Costa Veloso (Org). **Ensaio sobre direito constitucional: estudos em homenagem ao professor Orlando Bitar**. Belém: Editora CESUPA, 2003.

FONTES, Flávio Fernandes. O que é a virada linguística? **Revista Trivium**. vol.12, n. 2, Rio de Janeiro, jul./dez. 2020.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do código revisto**. Coimbra: Coimbra, 1996.

FREUD, Sigmund. Os instintos e suas vicissitudes. In **A história do movimento psicanalítico: artigos sobre metapsicologia e outros trabalhos**. Direção-geral da tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. **Doxa**, n. 22, 1999.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. Acerca del valor moral de la seguridad jurídica. **Revista Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 26, pp. 477-516, 2003.

GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. Discricionariedade e arbitrariedade judicial na perspectiva positivista de Kelsen e Hart. **Revista Babaroi**, Edição Especial n. 44, p. 69-86, jul./dez. 2015.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why do countries adopt constitutional review?. **The Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 30, n. 3, 2014, p. 81-98.

GODOY, Arnaldo. **Direito Grego e Historiografia Jurídica**. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Os paradoxos da certeza do direito. **Revista de DireitoGV**, v. 2, n. 1, p. 211-222, 2006.

GUASTINI, Riccardo. El realismo jurídico redefinido. **Modelando la ciência jurídica**. Lima: Palestra, p. 87-114, 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5264599/mod_resource/content/1/El%20Real

ismo%20Juri%CC%81dico%20Redefinido%20-%20GUASTINI%2C%20Riccardo.pdf.
Acesso em: 24 de mar. de 2024.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. São Paulo: Elsevier, 2010.

GÜNTHER, Klaus. Justification et application universalistes de la norme en droit et en morale. Trad. Hervé Pourtois. **Archives de Philosophie du Droit**. Sirey, t. 37. a. 1992.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERMAS, Jünger. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Junger. **Pensamento pós-metafísico**. (Trad.: L. Nahodil). Coimbra: Almedina, 2004.

HARADA, Kiyoshi. **Insegurança jurídica provada pelo STF**. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/388064/inseguranca-juridica-provada-pelo-stf>. Acesso em 02 de fev. de 2024; MARQUES, Claudio Pieruccetti. **Desentendimentos geram insegurança jurídica. Consultor Jurídico, 2023**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-dez-23/desentendimentos-geram-inseguranca-juridica>. Acesso em: 02 de fev. de 2024

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HELLER, Hermann. **Démocratie politique et homogénéité sociale**. Revue Cités, Paris, n. 6, maio de 2001.

HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. **The essential holmes**. Chicago: Chicago University Press, 1992.

HOLMES, Oliver Wendell. **O Caminho do Direito**. Os Grandes Filósofos do Direito. Clarence Morris (org). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e Discricionarietà. **Lua Nova**, São Paulo, v. 61, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 nov. 2014.

KELSEN, Hans. Sobre a Teoria da Interpretação teórica. Tradução Menelick Carvalho Neto. *In* De Hans Kelsen a Ronald Dworkin. **Caderno Escola Legislativa**, v. 3, n. 5, p. 27-71, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito**. 2013. Disponível

em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf. Acesso em: 24 de mar. de 2024.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Anthropos, 1996

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. **BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED**, n. 15, p. 25-38, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Argemiro Cardoso Martins; MITUZANI, Larissa Caetano. A noção de paradigma jurídico e o paradigma do Estado de Direito. In: Roberto Bueno. (Org.). **Democracia da Crise à Corrupção, jogos de armar: Reflexões para a Ação**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017, v. 1, p. 867-882.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; FERRI, Caroline. O problema da discricionariedade em face da decisão judicial com base em princípios: a contribuição de Ronald Dworkin. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, v. 11, n; 2, p. 265/289, jul./dez. 2006.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. a contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios. **Revista de Direito FGV**, v. 2, n.1, p. 241-254, Jan/Jun 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. **Revista Internacional de Direito Público (RIDP), Belo Horizonte**, ano, v. 2, p. 09-37, 2017.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos**. n. 58, 2000, p. 183-202.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Ligia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Princípio do contraditório: aspecto substancial e a proibição de decisões surpresa. **Revista Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 6, p. 52-77, dez. 2013.

MORAIS, Fausto Silva. **A proporcionalidade como princípio epocal do direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da nova crítica do direito**. 2010. 220f. Dissertação (Mestrado). Universidade Vale do Rio Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2010.

NELVAM, André Almeida. Lei, Segurança Jurídica e Positivismo Jurídico. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 1, n. 1, p. 302-320, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Vol I. Coimbra: Almedina, 2015.

NOVELLI, Flávio Bauer. Segurança dos direitos individuais e tributação. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 25-26, 1983.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta**: aproximação sobre o problema da fundamentação da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. 2007. 212f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. **Revista Inf. Leg. Brasília**. 14, n. 51. Jul./set., 1977.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PAULA JÚNIOR, Fradique Magalhães de; SILVEIRA, Ricardo dos Reis. **A segurança jurídica e a alteração de entendimento nas decisões judiciais vinculativas**. Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, n. 7, p. 1236-1258, out. de 2019. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/download/1640/1462/6140>. Acesso em 02 de fev. de 2024.

PEDRON, Flávio Quinaud. A proposta de Ronald Dworkin para uma interpretação construtiva do direito. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 47, p. 127-137, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Oswaldo Porchat. Ceticismo e argumentação. **Revista analytica de filosofia**. v. 1, n. 1, 1993. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/analytica/article/view/636>. Acesso em 24 de Março de 2024.

PETTIT, Philip. Democracia e contestabilidade. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

POPKIN, Richard. **História do ceticismo de erasmo a spinoza**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2000.

PORTELA, Thiago Barreto. Fidelidade partidária: uma análise histórico-dogmática perante o ordenamento jurídico brasileiro e jurisprudência do STF. **Suffragium-Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 9, n. 15/16, 2017.

PRADO JR., Bento. **Retórica na economia.** (Org. José Marcio Rego). São Paulo: Edições 34, 1996.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza.** São Paulo: Editora UNESP, 1996.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, vol. 232, p. 13-35, jun. 2014.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro).** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Arquivo Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Arquivo Kindle.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 113-146, 2009.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Direito UNIFACS–Debate Virtual-Qualis A2 em Direito**, n. 132, 2011. Martins

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. **Teoria da Constituição Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003.

SOUZA, Carlos Aureliano Motta de. **O papel constitucional do STF: uma nova aproximação sobre o efeito vinculante.** Brasília Jurídica: Brasília, 2000.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico.** São Paulo: LTr, 1996.

STRECK, Lênio. O novo código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, n. 206, abr./jun. 2015.

STRECK, Lênio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas.** 5. ed.

São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 62, p. 65-96, 2006.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972). **Revista Direito GV**, v. 3, n. 1, p. 151-185, 2007.

WALDRAFF, Célio Horst. O mito da segurança jurídica, eficácia vinculante e eficácia persuasiva das súmulas. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 5, n. 49, p. 64-80, abr. 2016.

WARAT, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Porto Alegre: Síntese Ltda., 1979.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. V. 1, Editora da Unb, Brasília: 1999.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. V. 2, Editora da Unb, Brasília: 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado lógico-filosófico**. Trad.: M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.