

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO – UFMA
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE
JUSTIÇA

FELIPE COSTA CAMARÃO

**A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA NO (E PELO) SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DESDE 2008: a necessidade de estabilização das decisões judiciais a partir
da segurança jurídica e do direito como integridade**

São Luís
2014

FELIPE COSTA CAMARÃO

**A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA NO (E PELO) SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DESDE 2008: a necessidade de estabilização das decisões judiciais a partir
da segurança jurídica e do direito como integridade**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito e Instituições do Sistema de Justiça - PPGDIR da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^o. Dr. Ney de Barros Bello Filho

São Luís
2014

FELIPE COSTA CAMARÃO

**A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA NO (E PELO) SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL DESDE 2008: a necessidade de estabilização das decisões judiciais a partir
da segurança jurídica e do direito como integridade**

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado Acadêmico em Direito e
Instituições do Sistema de Justiça -
PPGDIR da Universidade Federal do
Maranhão, como requisito parcial
para obtenção do grau de Mestre em
Direito.

Aprovada em / /

BANCA EXAMINADORA

Prof.º Dr. Ney de Barros Bello Filho (Orientador)
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Prof.º Dr. Roberto Carvalho Veloso
Universidade Federal do Maranhão - UFMA

Prof.º Dr. Leonardo Valles Bento
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

AGRADECIMENTOS

À Deus e Jesus Cristo simplesmente pela vida.

À minha família, em especial às minhas filhas, Alice e Júlia, à minha esposa Márcia, meu pai Phil, minha mãe Rita, minhas irmãs Juliana e Bruna, minha sobrinha Beatriz e meu sobrinho Luis Felipe, minha avó Teresa, minha tia Terezinha e minha prima Leticia. A todos obrigado pelo enorme incentivo.

Agradeço imensamente meu primo Gabriel, pela amizade, paciência e dedicação dispensadas a mim.

Não posso esquecer, ainda, dos demais familiares, pelas experiências que me proporcionaram durante os anos de minha vida.

Aos meus grandes mestres do passado, e do presente. Em especial, agradeço a atenção do meu orientador Professor Doutor Ney Bello Filho.

Aos meus amigos, sem exceção, os quais não convêm, pela grande quantidade, enumerar aqui.

Agradeço às pessoas que foram citadas e muitas outras, as quais a memória me trai no momento, por tudo que fizeram por mim. Todas estão guardadas no meu coração.

Dedico esta dissertação ao meu avô Bráulio, que fez e faz muito falta e que certamente, ao lado de Deus, está muito orgulhoso de mim.

*“Nada do que foi será de novo do jeito que
já foi um dia.*

Tudo passa, tudo sempre passará.

[...]

*Tudo que se vê não é igual ao que a gente
viu há um segundo.*

Tudo muda o tempo todo no mundo”.

(Lulu Santos. **Como uma onda – “Zen-Surfismo”**, 1983).

RESUMO

Este trabalho visa a estudar a compatibilidade do princípio da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos nas ações do Estado com a mudança de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2008. Examina a hermenêutica, a interpretação jurídica e o controle de constitucionalidade, com ênfase nas transformações sociais e suas repercussões na prática constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Expõe e defende a utilização da Hermenêutica Filosófica. Trata sobre a relação entre interpretação e a mutação constitucional, destacando necessidade de se reconhecer as transformações constitucionais pela evolução da jurisprudência. Explica o sincretismo atual no controle de constitucionalidade no Brasil e apresenta de forma crítica o instituto da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal. Analisa o princípio da segurança jurídica e da confiança do cidadão nas ações governamentais como limite à mudança de jurisprudência e trata sobre a previsibilidade das decisões judiciais a partir da doutrina de Ronald Dworkin. Sobre este aspecto, procura demonstrar a vantagem de se utilizar no Brasil uma doutrina consistente de precedentes judiciais, notadamente se relacionada com o Direito como integridade na ótica de Ronald Dworkin. Tece considerações sobre a relação entre mudança de jurisprudência, segurança jurídica e desenvolvimento, buscando apontar a teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica por meio da estabilidade das decisões judiciais. Demonstra que a mudança de jurisprudência, dentro do marco temporal proposto (a partir de 2008), pode servir como requisito para modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, a partir de duas diferentes vertentes. Evidencia os aspectos da mudança de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal como critério para modulação dos efeitos da decisão, a partir de julgados do próprio tribunal. Por fim, descreve e estuda de forma crítica o atual entendimento do STF quanto à mudança de jurisprudência sedimentada das cortes infraconstitucionais. Conclui pela necessidade de adoção no Brasil da teoria do Direito com integridade, devendo os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgar e construir os precedentes como se estivessem a escrever um romance em capítulos, ou seja, olhando para o futuro, sem esquecer o passado; mudando de posição quando for o caso de acompanhar as mudanças da sociedade, mas sempre construindo justificativas racionais, articuladas de

forma integrada e preservando a segurança jurídica, a estabilidade e a previsão dos julgamentos ou pelos menos de seus fundamentos.

Palavras-chave: Hermenêutica e interpretação. Supremo Tribunal Federal. Transformações sociais e mudança de jurisprudência. Segurança jurídica e confiança do cidadão. Compatibilidade. Direito como integridade.

ABSTRACT

This work aims to study the compatibility of the principle of legal certainty and confidence in the actions of the state with the change of law in the Supreme Court since 2008. Examines hermeneutics, interpretation and legal constitutional control, with emphasis on social change and its impact on constitutional practice carried out by the Supreme Court. Exposes and defends the use of Philosophical Hermeneutics. Deals with the relationship between constitutional interpretation and change, emphasizing the need to recognize the constitutional changes by evolving case law. Explains the current syncretism in control of constitutionality in Brazil and critically shows the institute of modulating the effects of the decisions of the Supreme Court. Analyzes the principle of legal certainty and the confidence of citizens in government actions as a limit to jurisprudential change based in the doctrine of Ronald Dworkin. On this aspect, seeks to demonstrate the advantage of using a consistent doctrine in Brazil of judicial precedents, especially if related to law as integrity in Ronald Dworkin's optical. Reflects on the relationship between change in case law, legal security and development, seeking to identify the theory of Dworkin's integrity as a possibility of ensuring legal certainty through the stability of judicial decisions. Shows that the change of law (between the analyzed period) can serve as a prerequisite for modulating the effects of the decisions of the Supreme Court, from two different aspects. Highlights aspects of changing jurisprudence of the Supreme Court as a standard for modulating the effects of the decision from the trial court itself. Finally, it describes and examines critically the current understanding of the Supreme Court regarding the change of the sedimented others Courts' jurisprudence. It concludes with the need for adoption in Brazil of the theory of law with integrity and that the judges of the Supreme Court should make precedents like writing a novel in chapters, or in other words, they must look to the future without forgetting the past; changing position when the case avidly changes in society, but always building rational, articulated in an integrated manner and preserving legal certainty, stability and prediction of judgments or at least it's essentials fundamentals.

Keywords : Hermeneutics and interpretation. Supreme Court. Social transformations and

change of jurisprudence. Legal certainty and confidence of citizens. Compatibility. Law as integrity.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Ação Cautelar

AG – Agravo

AGRg – Agravo Regimental

AgRgAI – Agravo Regimental em Agravo e Instrumento

AI – Agravo de Instrumento

EC – Emenda Constitucional

EUA – Estados Unidos da América

HC – Habeas Corpus

MS – Mandado de Segurança

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal De Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

	P.
1. INTRODUÇÃO.....	14
2. HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A PRÁTICA CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	19
2.1 Hermenêutica e Intepretação.....	19
2.2 Por uma Hermenêutica Filosófica.....	26
2.3 Interpretação e Mutação Constitucional: as transformações constitucionais pela evolução da jurisprudência.....	33
2.4 O Sincretismo atual no Controle de Constitucionalidade e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal.....	43
2.4.1 Lei inconstitucional e modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.....	48
3. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA CONFIANÇA DO CIDADÃO NAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS COMO LIMITE À MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA.....	54
3.1 Segurança jurídica e confiança do cidadão.....	54
3.2 Segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais: uma leitura a partir de Ronald Dworkin.....	61
3.2.1 Os precedentes judiciais e o Direito como integridade na ótica de Ronald Dworkin.....	66
3.3 A relação entre mudança de jurisprudência, segurança jurídica e desenvolvimento: a teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica por meio da estabilidade das decisões judiciais.....	84
3.3.1 Segurança jurídica e desenvolvimento.....	84
3.3.2. A teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica.....	89
4. A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA COMO REQUISITO PARA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO	

TRIBUNAL FEDERAL	94
4.1 Mudança de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal como critério para modulação dos efeitos da decisão: análise da modulação de efeitos a partir de julgados do STF	96
4.2 Mudança de jurisprudência das cortes infraconstitucionais: crítica ao atual entendimento do STF	105
5. CONCLUSÃO	132
REFERÊNCIAS	141

Camarão, Felipe Costa.

A mudança de jurisprudência no (e pelo) supremo tribunal federal desde 2008: a necessidade de estabilização das decisões judiciais a partir da segurança jurídica e do direito como integridade / Felipe Costa Camarão. - São Luís, 2014.

150 f.

Dissertação (Mestrado em direito e instituições do sistema de justiça). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Maranhão, 2014.

1. Jurisprudência – Supremo Tribunal Federal. 2. Hermenêutica – Supremo Tribunal Federal. I. Título.

CDU 342.24(81)

1 INTRODUÇÃO

As decisões do Supremo Tribunal Federal (e seus efeitos) são objeto de investigação científica e acadêmica há bastante tempo, mas, apesar disso, ainda são um terreno fértil para análises e estudos, mormente quando se tem uma visão constitucionalista do direito.

Nesse sentido, o presente estudo foi pensando e construído a partir da concepção que tenho sobre o direito. Sem entrar na discussão se o direito é ou não uma ciência, compreendo o fenômeno jurídico como instrumento de transformação social. Acredito que o direito pode e deve servir como um meio para não apenas regular relações sociais e alcançar a pacificação social, mas, principalmente, para tornar a sociedade mais justa, fazendo com que o convívio em sociedade seja mais prazeroso.

Com efeito, a primeira premissa em que me baseio é a ideia de que o constitucionalismo tem como uma de suas funções primordiais resguardar os direitos fundamentais, competindo ao Supremo Tribunal Federal (STF) dar-lhes um reforço ainda maior, na medida em que se constitui como a Corte que, por excelência, tem o poder - dever de considerar e preservar os valores essenciais sobre os quais o direito constitucional se assenta.

Assim é que pretendo analisar a mudança de jurisprudência efetuada no STF em relação aos seus próprios entendimentos, bem como a mudança de jurisprudência levada a efeito pela Suprema Corte na qual ela altera, de maneira significativa, o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores infraconstitucionais.

Isso será estudado tendo em vista a necessidade de estabilização das decisões judiciais a partir da segurança jurídica e do direito como integridade.

Escolhi como marco temporal inicial da investigação o ano de 2008, eis que foi neste ano que o Supremo enfrentou precedentes paradigmáticas no âmbito eleitoral e tributário. Foi neste ano, por exemplo, que uma súmula de jurisprudência do STJ foi superada pelo STF, sem haver modulação.

E foi a partir dos precedentes de 2008 que o STF passou a aplicar sua “doutrina”, segundo a qual sua a mudança de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal serve como requisito para modulação dos efeitos das decisões, mas quando a mudança acontece sobre a jurisprudência pacífica de outros tribunais superiores, não há necessidade de modulação, posto que a última palavra sempre é da Corte Suprema.

O problema que investigarei consiste em compatibilizar o princípio da segurança jurídica (e o corolário da confiança dos cidadãos nas ações do Estado) com a necessária e salutar possibilidade de alteração de entendimentos do Supremo.

Em outras palavras, quando e como a segurança jurídica servirá como fundamento para a modulação dos efeitos das decisões do STF que traduza mudança no significado de parâmetro normativo e, conseqüentemente, acarrete a censurabilidade de preceitos até então considerados compatíveis com a ordem constitucional? Ou ainda: a segurança jurídica serve como requisito único para modular os efeitos das decisões do STF em caso de mudança de jurisprudência, inclusive quando esta mudança se referir a entendimentos de Corte infraconstitucional?

A hipótese da pesquisa é a de que a alteração de jurisprudência, por meio da mutação constitucional ou da interpretação evolutiva, serve como requisito geral para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, inclusive quando se tratar de superação de entendimentos sedimentados nos Tribunais Superiores. Destaco a expressão “requisito geral”, pois, em capítulo próprio, irei delimitar as nuances para que a modulação seja efetuada (assim como irei apontar que existem até mesmo alternativas extrajurisdicionais para a compatibilização da mudança com a segurança jurídica).

O que vai permear o objeto da minha investigação é a busca pela melhor maneira de compatibilizar a saudável evolução dos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, até mesmo em razão das constantes e velozes transformações sociais por que passa nossa sociedade, com a necessidade de estabilização ou pelo menos previsibilidade das decisões judiciais (ou pelo menos de seus fundamentos). E farei isto principalmente a partir da utilização do princípio da segurança jurídica e da teoria da direito como integridade, de Ronald Dworkin.

A escolha do tema pode ser justificada não apenas pela sua atualidade, mas, principalmente, pela sua relevância prática. De fato, a despeito da interessante investigação teórico-doutrinária acerca da mudança de jurisprudência como critério para modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal, é fato que a Suprema Corte vem enfrentando questões jurídicas relevantes sobre o assunto, sempre em processos envolvendo relevantes direitos fundamentais.

O assunto em estudo também está em consonância com a linha de pesquisa do mestrado, tendo em vista que será analisado o Supremo Tribunal Federal como Instituição do

Sistema de Justiça que tem a responsabilidade constitucional de manter a coerência e integridade do ordenamento jurídico nacional, a partir da Constituição Federal.

Além disso, por se tratar de assunto que vem sendo encarado com ênfase específica há pouco tempo, não há vasta produção e investigação científica sobre a matéria. Nesse sentido, acredita-se na contribuição acadêmica do estudo ora proposto.

Com efeito, após a emenda constitucional nº 45/2004, que contribuiu sobremaneira para a caracterização do que hoje é chamado de sincretismo do controle de constitucionalidade no Brasil (com a constitucionalização da objetivação do controle difuso de constitucionalidade – vide a possibilidade de edição de súmulas vinculantes e da criação do instituto da repercussão geral), e, principalmente, a partir da significativa alteração na composição do Supremo e da introdução de novas técnicas de decisões, notadamente quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, verifica-se um avanço no procedimento de tomada de decisões, o que torna vasto o campo teórico de investigação.

Contudo, como toda mudança, esse novo cenário jurisdicional trouxe consigo o receio de uma verdadeira insegurança jurídica ocasionada pela alteração da jurisprudência em matéria constitucional. Nessa perspectiva, parece correto afirmar que um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional é aquele relativo à evolução hermenêutica, com conseqüente mutação constitucional ou interpretação evolutiva e mudança de jurisprudência. A repercussão no plano material é obviamente relevante, mas os desafios no âmbito do processo constitucional são ainda maiores.

Por sua própria natureza, o direito está sempre em processo histórico de mutação, sendo necessária a modificação de interpretação quando circunstâncias fáticas ou jurídicas exigirem. Ora, no momento do surgimento de determinada lei, esta atuava de determinado modo, desejada pelo legislador, mas, posteriormente, pode atuar de modo que nem sequer o legislador pudesse ter previsto.

Dessa forma, nos casos em que a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser evidente, a solução que é imposta e exigida do intérprete é o desenvolvimento judicial do Direito, havendo, pois, a plena possibilidade de mudança do entendimento anterior de um Tribunal.

Assim, o que se verifica, na prática, é que a evolução hermenêutica, algumas vezes motivada por modificações no plano fático e outras por simples alteração da composição do

Tribunal, até por necessidade, vem ocorrendo com maior frequência, e tal fato vem gerando certa apreensão e desconforto no plano jurídico, político e social.

Nesse diapasão, justifica-se a motivação pela temática em razão da necessidade de se demonstrar a importância do princípio da segurança jurídica na interpretação constitucional, sem, obviamente, pretender-se estabelecer um engessamento da hermenêutica constitucional.

O objetivo principal da pesquisa será estudar a hermenêutica constitucional, em especial nos casos em que houver alteração de jurisprudência no STF, inclusive quando esta modificação ocasionar a abrupta superação de entendimentos pacificados em Cortes infraconstitucionais.

Irei perquirir se tal premissa pode ser utilizada como fundamento jurídico para a modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, tendo como principal referencial teórico Ronald Dworkin.

Para tanto, o trabalho é estruturado de acordo com objetivos específicos. Primeiramente definirei as premissas básicas da minha investigação, abordando a hermenêutica (adoto a aplicação da hermenêutica filosófica), a interpretação e as transformações sociais, assim como o sincretismo do controle de constitucionalidade e o instituto da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, estudarei os princípios da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos nas ações do Estado, fazendo ainda uma análise da relação entre segurança jurídica e desenvolvimento. Ainda no segundo capítulo, será trabalhada a teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica por meio da estabilidade das decisões judiciais, dando destaque à proposta de que o Judiciário trabalhe seus precedentes como um “romance em cadeia”, criando-se no Brasil uma estabilidade ou estrutura de precedentes similar à *common law*.

No terceiro capítulo, enfrentarei diretamente o problema proposto na pesquisa, pesquisando sobre a mudança de jurisprudência como requisito para modulação dos efeitos das decisões do STF. Divido a análise em duas vertentes: 1) em caso de mudança de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal como critério para modulação dos efeitos da decisão, fazendo um estudo a partir de julgados da própria Corte; e 2) na hipótese de mudança da jurisprudência sedimentada e estabilizada das Cortes infraconstitucionais, ocasião em que faço uma crítica ao atual entendimento do Supremo.

Para a presente pesquisa adotarei o método dedutivo porquanto a racionalização ou a combinação de ideias em sentido interpretativo têm mais valor que a experimentação caso a caso. Ou seja, utiliza-se a dedução, raciocínio que caminha do geral para o particular, mas casos específicos são abordados para corroborar o raciocínio geral antes desenvolvido.

Sendo assim, a partir da análise do contexto da evolução hermenêutica e dos princípios jurídicos aplicáveis às decisões do Supremo como guardião da Constituição, a dissertação será redigida no sentido de destacar que, para preservação da confiança e da segurança jurídica dos jurisdicionados, o STF, se não houver alternativa extrajurisdicional, deve modular os efeitos das suas decisões em casos de modificação jurisprudencial, mesmo que se trate de entendimentos de cortes infraconstitucionais.

Em razão do aprofundamento de estudo em tema específico, a técnica de pesquisa a ser utilizada será, basicamente, a revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa; construindo-se, ao final, a dissertação pelo método de procedimento monográfico-dissertativo. Cumpre destacar que não será afastada a dinâmica do método dedutivo que é usado dentro de contextos de justificação e tem por critério de verdade a coerência (não contradição) e a consistência.

Nesse contexto, em um primeiro momento, realizar-se-á a pesquisa bibliográfica, desenvolvida a partir de livros e artigos científicos relacionados à matéria em estudo, com o intuito de obter os fundamentos teóricos necessários ao desenvolvimento do tema apresentado.

Será levada a efeito, ainda, pesquisa documental, vertente específica da pesquisa bibliográfica, consistente no estudo de documentos pertinentes, como leis, repertório de jurisprudência, sentenças e acórdãos, anais legislativos, pareceres, entre outros documentos.

Registro, portanto, que o desafio do estudo é justamente tentar demonstrar a utilização e compatibilidade do princípio da segurança jurídica com a interpretação evolutiva, primando-se sempre pela supremacia constitucional e pelo respeito aos direitos fundamentais, entre eles o da preservação da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido – estes compreendidos como corolários do princípio da segurança jurídica.

2 HERMENÊUTICA, INTERPRETAÇÃO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E A PRÁTICA CONSTITUCIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

2.1 Hermenêutica e Interpretação

A inserção do homem na história e na sociedade – que, aliás, é da natureza mesma de sua vida *vivente*, no tempo – exige do ser humano permanente e efetiva percepção do mundo, o que se torna realizável por intermédio da interpretação. Viver é estar condenado a interpretar constantemente. É estar jungido a tirar sentido de tudo, a cada instante. Captar sentido e, ao mesmo tempo, ensejar sentido, a ser captado pelos outros. Eis a teia da comunicação (FALCÃO, 2013, p. 83-84).

O conceito de “interpretação jurídica” pode ter um sentido geral, emprestado pela forma através da qual a palavra é usada em outras disciplinas humanísticas. De acordo com esse ponto de vista, predominante nas chamadas “ciências de espírito”, a “interpretação” é concebida como uma atividade permanente dentro do direito e não como mero episódio distinguível das instâncias da pura “aplicação”. Já que o texto legal é sempre um objeto fora da mente de seu leitor, há permanentemente mediação entre este e o texto.

E essa medição, ou mais simplesmente, esse entendimento ou compreensão do texto, serve para concluir que a interpretação não é o produto acidental de normas obscuras ou mal redigidas (aquelas que, opostas aos cânones de clareza, não oferecem respostas contundentes às questões ou discussões jurídicas), ao contrário, trata-se da condição permanente de inteligibilidade do direito e, além deste, da cultura (MEDINA, 2011, p. 178).

Medina (2011, p. 179) enfatiza sobre a interpretação:

Somente para dar um exemplo, poderíamos dizer que a interpretação ocorre dentro do direito com a mesma frequência com que dizemos que um músico “interpreta” uma peça musical, por mais evidente que possa parecer a ele a notação musical que “lê” durante o concerto. Essas teorias, ademais, pensam que existem metodologias racionais de interpretação e que alguns dos resultados interpretativos podem ser qualificados como “corretos”, no sentido de serem superiores a outros possíveis.

E isso tudo é adaptado num cenário de generalização do conhecimento linguístico tanto quanto num panorama individual de toque no sentido e de contágio pelo sentido. Porém, na

essência, tem-se um complexo que se espalha pela dialética dos sistemas e da história. A circulação do sentido implica a alteridade fundamental de colher sinal e de dar sinal, com as complementações do designar, do exprimir e do significar. Resta confirmado, por consequência, a importância da atividade de interpretar, que se faz dentro de certas regras e, às vezes, de regras certas. Tais regras, não obstante certas por vezes, não garantem a certeza do sentido imutável, mas podem outorgar-lhe alguma confiabilidade sócio-operacional (FALCÃO, 2013, p. 84).

Diferente da literatura, interpretar uma norma jurídica não é apenas encontrar um significado abstrato daquele texto, mas garantir a sua aplicação finalística no mundo material, em um dado conjunto de condições socioculturais.

Mendes (2002, p. 55) diz que *“a interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua [...] tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas”*.

Assim, o trabalho do intérprete da norma não é apenas reduzir a distância entre o criador da norma e seu jurisdicionado, mas também entre a situação que a norma pretendeu criar através de sua regulação e a realidade material a ser normatizada. É fazer com que o “dever-ser” possa ser convertido ao mundo do “ser”, dentro de um conjunto de características socioculturais específicas, que variam entre momentos e locais diferentes de aplicação.

Registro, por oportuno, que, dogmaticamente, o ordenamento jurídico brasileiro adota essa concepção. Observe-se o fato de a Constituição de 1988 estabelecer, como requisito de validade de qualquer decisão judicial, a necessidade de fundamentação (art. 93, IX). Ora, como há muito tempo já teve oportunidade de decidir o STF¹, “fundamentar” uma decisão é uma tarefa que não se restringe à mera menção à lei (ou súmula) ou mera subsunção da lei ao caso (SIMIONI, 2009a, p. 62-63).

Deste modo, se a atividade ou o simples ato de captação do sentido é a interpretação, *“as regras pelas quais ela se opera e o entendimento de suas estruturas, e do seu funcionamento, enfim, o entendimento dos seus labirintos é a Hermenêutica”* (FALCÃO, 2013, p. 84)².

¹ No RE. n. 217.631 (BRASIL, 1997) o Supremo consignou que: *“Não satisfaz a exigência constitucional de que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX) a afirmação de que a alegação deduzida pela parte é ‘inviável juridicamente, uma vez que não retrata a verdade dos compêndios legais’: não servem à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra”*.

² Raimundo Falcão (2013, p. 84) ainda acrescenta a seu conceito de Hermenêutica que esta abrange também *“a pesquisa ou o conhecimento referentes às estruturas e ao funcionamento da interpretação”*.

Segundo Streck (2014, p. 261-262), “hermenêutica” significa, tradicionalmente, “teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos”, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo-compreensivo. Ainda em seu sentido tradicional, a hermenêutica comporta, além desse caráter teórico-descritivo, uma dimensão prescritiva, na medida em que, deste processo descritivo, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia etc.), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de leis, decretos, jurisprudências etc.).

A hermenêutica, continua o autor, é uma conquista da modernidade. Afinal, se a ruptura com o “mito do dado” (*adequatio intellectum et rei*), patente em expressões do tipo “isso é assim mesmo”, se dá com o alvorecer da subjetividade – e isso se dá com o advento da modernidade –, o desafio passa a ser a descoberta de que como o sujeito pode vir a atribuir sentidos (STRECK, 2014, p. 261).

Streck (2014, p. 262) ainda chama a atenção para o fato de que as reflexões hermenêuticas sempre se desenvolvem numa dupla perspectiva. Há uma perspectiva teórica que procura descrever como o processo de “interpretação e compreensão” acontece, que tipo de conhecimento é esse e como esse conhecimento se articula no interior da dualidade que rege as teorias do conhecimento que opõem o sujeito e o objeto.

Neste particular, afirma haver em toda relação de conhecimento um sujeito que conhece e um objeto que é conhecido, sendo objetivo das teorias do conhecimento descrever como essa oposição se resolve na mente, no sujeito que conhece. Essa seria uma perspectiva “teórica” da hermenêutica.

Por outro lado, há também uma perspectiva “prescritiva” (ou prática) na medida em que essa descrição visa a atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que torne possível reduzir os erros e mal-entendidos que possam surgir da leitura dos textos. Dessa maneira, a hermenêutica não pretende apenas reunir um conjunto de conhecimentos teóricos acerca do problema “interpretativo-compreensivo”, mas, no mesmo caminho do iluminismo-racionalista, pretende também produzir critérios para a afirmação de “certeza e objetividade” no processo de interpretação e compreensão.

No contexto da hermenêutica prescritiva, é correto afirmar que os métodos de interpretação têm como um de seus principais intentos estabelecer limites à discricionariedade do intérprete, por meio da fixação de parâmetros destinados a diminuir o subjetivismo e tornar mais racional a aplicação do direito.

Os diferentes modelos de Estados de Direito servem como parâmetros para a evolução da interpretação constitucional³. Com as Revoluções francesa e norte-americana surgiram as primeiras constituições escritas, rígidas e dotadas de supremacia jurídica.

A partir do Código de Napoleão (1804) surgiu a *escola da exegese* que entrou em declínio a partir da década de 80 do século XIX. Essa corrente do pensamento jurídico francês sustentava, sob o padrão do Estado Liberal, que a interpretação feita pelo Poder Judiciário deveria ser necessariamente mecânica, como mero resultado da literalidade dos textos normativos que deveriam ser claros (SAMPAIO, 2001, p. 193). A atividade jurisdicional não era nada mais do que uma mera extensão da lei.

Com o Estado Social (após a primeira guerra mundial), por meio do qual se abandonou a postura abstencionista para a assunção de uma atitude mais intervencionista nas relações sociais, econômicas e laborais, ocorreu um incremento no grau de complexidade do ordenamento jurídico.

Como resultado, a atividade hermenêutica desenvolvida no âmbito jurisdicional já não podia mais ser exercida de forma satisfatória com a mera aplicação automática do Direito, na qual a lei é considerada a premissa maior sob a qual a premissa menor (fato) se subsume de maneira quase mecânica. Os métodos de interpretação preconizados por Savigny na metade do século XIX (gramatical, histórico, lógico e sistemático) passaram, então, a desempenhar um importante papel hermenêutico.

No contexto dessas mudanças, o trabalho do juiz começou a ser visto como algo mais complexo, voltado a assegurar amplas finalidades sociais que recaem sobre os ombros do Estado. A hermenêutica jurídica passou, então, a exigir métodos mais elaborados, com capacidade de libertar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito que a mesma

³ No dizer de Carnelutti (2000, p. 450), “o fenômeno da interpretação é objeto de uma observação secular, sendo por isso também de construção antiga o seu conceito”.

prefigura, mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais (CARVALHO NETTO, 2004, p. 36).

Conforme leciona Carvalho Netto (2004, p. 29), a intensa remodelação do Estado e do Direito contribuiu de forma decisiva para o esforço hermenêutico empreendido por Kelsen no sentido de tentar “*limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora*”, bem como o *decisionismo* no qual ele acabou recaindo quando da segunda edição de sua “Teoria pura do direito”⁴.

Todavia, no fim da primeira metade do século XIX, surgiu um novo paradigma político, social e jurídico. O fim da Segunda Guerra Mundial, o marco histórico do nascimento de um novo modelo de Estado que procura materializar as conquistas e superar as falhas das experiências pretéritas: O Estado Democrático de Direito. As exigências relativas à postura judicial são incrementadas como consequência de uma crescente capacidade de aprimoramento da doutrina e da jurisprudência enfrentar os desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna (CARVALHO NETTO, 2004, p. 38).

Na compreensão kelseniana, por exemplo, a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito é representada pela ideia de *moldura* ou *quadro*. A determinação ou vinculação da norma de escalão superior (lei) em relação à norma de escalão inferior (sentença judicial) nunca é completa, em razão da impossibilidade de estabelecer uma vinculação do ato de aplicação em todas as direções e sob todos os aspectos. A norma jurídica possui uma espécie de moldura estabelecida por seu texto, dentro da qual o aplicador do direito tem uma margem de livre apreciação – maior ou menor – para preenchê-la, podendo optar pela aplicação que julgar mais adequada entre várias possíveis (KELSEN, 2006, p. 388).

Já na teoria desenvolvida por Hart (2012, 175), a questão central referente à interpretação jurídica está ligada à ideia de “textura aberta do direito”, esta entendida como a existência de “*áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes, cujo peso varia de caso para caso*”.

⁴ Cf. Kelsen (2006).

Dentro desse novo padrão, o papel desenvolvido pelo Poder Judiciário é fortalecido pela ampliação de sua competência para invalidar atos legislativos e interpretar criativamente os atos normativos à luz da Constituição (BARROSO, 2009. p. 245).

A margem de discricionariedade na ampliação do Direito é alargada com a utilização de técnicas de ponderação e argumentação. Foi, pois, neste ambiente que novas teorias de interpretação constitucional começaram a ser desenvolvidas.

Desde o surgimento das primeiras Constituições escritas no final do século XVIII até meados do século XX, foram utilizados na interpretação constitucional os mesmos métodos aplicados ao direito civil. Com o reconhecimento definitivo da normatividade das constituições na Europa após o fim da Segunda Guerra Mundial e a constatação da insuficiência dos métodos tradicionais para a resolução de questões mais complexas envolvendo a aplicação da Constituição, começam a ser desenvolvidos métodos específicos pela doutrina alemã.

Apesar de não ser objeto do presente trabalho e da contundente crítica de Silva (2007), registro que a doutrina brasileira acabou por identificar princípios e métodos de hermenêutica constitucional, a partir das lições de Konrad Hesse e Ernst-Wolfgang Bockenförde⁵.

Ernst-Wolfgang Bockenförde parte da premissa de que a Constituição, por ser uma espécie de lei, deve ser interpretada por meio dos mesmos elementos tradicionais desenvolvidos por Savigny para a interpretação das leis em geral, quais sejam os elementos gramatical, sistemático, lógico e histórico.

Posso citar, ainda, os denominados métodos modernos de interpretação jurídica, dentre os quais destaco o método lógico sistemático, o histórico-teleológico e o voluntarista da Teoria Pura do Direito. De forma específica, a doutrina também identifica alguns métodos de interpretação constitucional, como, por exemplo, o Integrativo ou Científico-Espiritual, Tópico, Concretista, Hermenêutico-concretizante (atribuído a Konrad Hesse), o Concretista-estruturante (atribuído a Friedrich Müller) e o concretista da Constituição aberta (este atribuído a Peter Härberle)⁶.

⁵ Nas palavras de Silva (2007, p. 117), “os princípios de interpretação constitucional a que a doutrina brasileira, de forma praticamente uniforme, faz referência são aqueles referidos por Konrad Hesse em seu manual de direito constitucional. No caso dos métodos, a referência baseia-se no famoso artigo de Ernst-Wolfgang Bockenförde sobre métodos de interpretação constitucional”.

⁶ Para uma didática sistematização sobre os métodos de interpretação jurídica e sobre os métodos específicos de interpretação constitucional, Cf. Carvalho (2008, p. 66-73 e 82-94).

Este um quadro geral das teorias clássicas da hermenêutica⁷, que operam, de maneira mais ou menos genérica, da seguinte forma: primeiro, observam-se os problemas que emanam do processo interpretativo; depois, procura-se resolvê-los a partir da determinação de uma estrutura metodológica que reduza os erros e as incompreensões, possibilitando, assim, a correta compreensão dos textos analisados (STRECK, 2014, p. 262-263).

Canotilho (2003, p. 1.210) sustenta que, apesar de se basearem em premissas diferentes, esses métodos são reciprocamente complementares, podendo ser utilizados conjuntamente na concretização da Constituição. Não obstante, esta tentativa de compatibilizar teorias inconciliáveis, segundo Silva (2007, p. 139) acaba impedindo qualquer possibilidade de discussão real sobre o assunto e a elaboração de métodos ou critérios que sejam adequados e mais importantes, realmente aplicáveis à interpretação constitucional em geral, e da Constituição brasileira em particular.

De fato, a utilidade dos métodos interpretativos⁸, na delimitação e redução das influências subjetivas do intérprete, pode ser questionada por diversas razões⁹. Uma delas é a impossibilidade de separar a situação hermenêutica da situação do intérprete, uma vez que esta já se manifesta na própria escolha e emprego dos métodos¹⁰.

As normas constitucionais normalmente possuem conteúdo extremamente vago e abstrato, e, por esse motivo, ao abrirem espaço para concretizações em diversos sentidos, ampliam a dimensão criativa presente em qualquer interpretação jurídica. Esta característica, inerente à jurisdição constitucional, exige a adoção de escolhas morais e políticas por parte dos juízes, impossibilitando a tomada de decisões puramente neutras.

A impossibilidade de uma neutralidade absoluta não afasta a necessidade de se buscar uma racionalidade possível na interpretação constitucional. Mesmo que influenciada por fatores

⁷ Apesar de não adotar a teoria, não posso deixar de citar, pela relevância, a doutrina de Robert Alexy acerca da Teoria da Argumentação. Para maior aprofundamento, Cf. Alexy (2013, em especial p. 219 e ss.)

⁸ A favor dos métodos de interpretação defende-se que nos casos em que se comporta mais de uma interpretação, é salutar a existência de critérios que permitam verificar a sensatez dessas interpretações e rejeitar as que mostrarem indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis. Afinal de contas, como assinala no âmbito do Direito, o intérprete não pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral (MENDES, 2008, p. 122).

⁹ Para aprofundamento sobre as críticas à utilização de métodos científicos e hermenêuticos, Cf. Gadamer (2011) e Streck (2014).

¹⁰ Aliás, na prática judicial corrente, o que se observa é que os métodos de interpretação não são capazes de guiar os juízes tanto quanto se espera, sendo mais utilizados como instrumentos para racionalizar o resultado de decisões, do que propriamente como um critério determinante para se chegar até elas. Em outras palavras, o juiz primeiro decide e depois escolhe um método e interpretação para justifica-la.

extrajurídicos, exige-se que a decisão tenha uma fundamentação jurídica coerente e consistente, capaz de sustentá-la no ordenamento jurídico e perante a sociedade.

Por essa razão, se sustenta a crítica de que a opção por uma das diferentes ideias metodológicas exige, por si, uma decisão do aplicador baseada em pré-decisões acerca da compreensão do conteúdo das normas. Ademais, não existe nenhum método tecnicamente neutro ou mesmo obrigatório que possa ser prescrito pelo legislador. Daí porque opto por uma hermenêutica filosófica¹¹.

2.2 Por uma Hermenêutica Filosófica

Bem, para que não reste qualquer dúvida acerca da concepção por mim adotada para defender as ideias expostas neste trabalho, cumpre destacar que a hermenêutica que aqui se trata e que se fala em evolução é a denominada “hermenêutica filosófica”, que é diferente da chamada “hermenêutica clássica”.

É no contexto das discussões ocorridas durante o século XIX e primeira metade do século XX (as quais continuam atuais) que surgiu o caminho para a hermenêutica chegar ao seu ápice no pensamento contemporâneo de Hans-Georg Gadamer.

No século XIX, com a emergência da discussão envolvendo a autonomia das “Ciências Humanas” – também chamadas de “Ciências de Espírito”, o filósofo alemão Wilhelm Dilthey passou a empregar o termo “hermenêutica” para designar a exploração e formação da estrutura metodológica destas ciências, que estão baseadas num processo de “compreensão”, enquanto as “Ciências Naturais” – que receberam seu fundamento filosófico a partir da “Crítica da Razão Pura” de Kant – estariam baseadas em processos de “explicação”, desenvolvidos através de uma sistemática que envolve “causas e efeitos” (STRECK, 2014, p. 263).

Posteriormente, a partir da primeira metade do século XX, principalmente por meio de Martin Heidegger, o termo “hermenêutica” passou a ser utilizado em uma conotação que nunca havia sido pensado antes em toda história da filosofia. Diante deste novo uso, pelo menos três questões que compõem a doutrina clássica da hermenêutica podem ser questionadas: 1) seu uso restrito à interpretação de textos; 2) a prioridade da interpretação sobre a compreensão; 3) a

¹¹ Esta também é a opção de Bello Filho (2003, p.109-166).

estrutura metodológica como meio formal para garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo (STRECK, 2014, p. 263).

Com efeito, Streck (2014, p. 263) explica que Heidegger “radicalizou” o problema hermenêutico de modo a introduzir nele algo que poderíamos chamar de “elemento antropológico”. Por meio de suas intuições fundamentais, o filósofo pôde perceber que toda compreensão – seja ela compreensão de um texto ou da própria história – se encontra já fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência. Sendo assim, todas as estruturas fundamentais da existência humana passam a ser pensadas e analisadas a partir desta dimensão hermenêutica que fundamenta a própria existência: compreender a nós mesmos e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, histórias, entre outros.

Na obra *Verdade e Método*, por sua vez, Gadamer (2011) faz o que talvez seja o mais seguro aporte no sentido de conceber o sistema jurídico como um sistema aberto, alopoiético. Com a consideração de que o texto representa um momento meramente simbólico, e que há por detrás um contexto que precisa ser percebido pelo intérprete. O intuito de Gadamer é, a bem da verdade, libertar o jurista das considerações herméticas do texto, que é a maior característica de métodos positivos de interpretação.

Com o giro hermenêutico proposto por Gadamer, a hermenêutica jurídica deverá ser compreendida não mais como um conjunto de métodos ou critérios aptos ao descobrimento da verdade e das certezas jurídicas. Não sendo a hermenêutica método, e sim, filosofia, o processo interpretativo não dependerá da linguagem entendida como terceira coisa que se coloca entre um sujeito e um objeto. Linguagem não é ferramenta. Antes disto, a linguagem é que é condição de possibilidade e constituidora do mundo (STRECK, 2014, p. 308).

Utilizando-se da construção hermenêutica geral das ciências do espírito, Gadamer (2011, p. 426-447) constrói toda uma teoria para demonstrar que o direito é muito mais próximo como objeto de interpretação de outras atitudes humanas e se guia por uma finalidade. De fato, “no livro *Verdade e Método*, o autor se esforça para rechaçar de plano a ideia vigente de que a hermenêutica jurídica é uma atuação dogmática, diferenciada do sentido normativo imposto a outras ciências do espírito” (BELLO FILHO, 2003, p. 130).

Nesse sentido, podemos dizer que as ideias de Gadamer são a base do pensamento de Ronald Dworkin, embora haja pouca referência direta ao pensador alemão na obra do professor

norte-americano. A igualdade que é o pressuposto de ambos é: o megaprincípio que permite a realização de qualquer discurso jurídico e o diferencia dos demais. A hermenêutica, tal qual a integridade sistêmica de Dworkin, somente podem existir em uma sociedade de homens livres e iguais.

No que se refere à distinção entre a hermenêutica clássica e a filosófica, Streck (2014, p. 247-270), amparado nos estudos de Gadamer e Heidegger, fez um excelente e minucioso trabalho, do qual adoto seus fundamentos e conclusão. Na perspectiva de Streck, a hermenêutica clássica é vista como pura técnica de interpretação, enquanto a hermenêutica filosófica trabalha em “dar sentido” – e, com esse argumento, Carvalho (2008) parece estar totalmente de acordo.

A hermenêutica filosófica é a mais adequada à interpretação constitucional, porquanto é aquela teoria filosófica que diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo (STRECK, 2014, p. 247). O modelo de linguagem e sua forma de realização, isto é, o diálogo, que suporta o entendimento entre os homens e também sobre as coisas de que são feitas nosso mundo. O espaço constitucional é justamente aquele que comporta maior capacidade ou suscetibilidade de interpretação das normas para garantir compatibilidade do texto (norma) com a realidade.

A hermenêutica filosófica explica, também, a interpretação do direito, uma vez que compreende o Homem como ser construtor e intérprete inserido no próprio ato de pensar e interpretar o mundo e a si mesmo, fornecendo, assim, explicações seguras para a atitude do intérprete e aplicador do direito (BELLO FILHO, 2003, p. 110).

A hermenêutica proposta por Gadamer (2011, p. 426-447) utiliza o que foi indicado pela jurisprudência dos interesses e vai rechaçar os pontos de vista da jurisprudência dos conceitos de Savigny, demonstrando que o direito se define também no momento da sua aplicação, em uma atitude criadora da norma. Nesse sentido, amparado em Gadamer, pode-se afirmar que ao se interpretar-criar-aplicar se está fazendo a Constituição.

Revela-se, pois, de suma importância que o intérprete da Constituição tenha a consciência de que sua interpretação do texto constitucional deve deixar de ser meramente normativa e deve passar a ser filosófica. A interpretação se funda na compreensão, e, no espaço constitucional, a compreensão não pode ficar restrita à fria letra da lei, especialmente porque a

interpretação constitucional não é igual à interpretação jurídica geral¹² (nesse sentido também pensa Silva (2007, p. 141)).

A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. A compreensão como mola mestra do interpretar aparece na discussão acerca da hermenêutica jurídica gadameriana como fazendo parte do conteúdo universalizante do seu projeto hermenêutico, ao dizer que o modelo da hermenêutica jurídica tem-se mostrado efetivamente fecundo. Assim, aduz Gadamer, quando o juiz se sabe legitimado para realizar a complementação do direito dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz é o que todos os modos têm lugar em qualquer forma de compreensão (STRECK, 2014, p. 308).

Como já afirmado, a tarefa hermenêutica não pode ficar presa a interpretar o texto da lei, mas deve extrair dele conteúdo normativo que se coadune com a realidade social. A verdadeira interpretação do direito, segundo Bello Filho (2003, p. 114), *“é aquela que admite a possibilidade de criação de parte do objetivo no momento da aplicação, sempre permitindo a abertura interpretativa da norma e a conseqüente força criadora da atitude hermenêutica”*.

Como bem observa Wróblewski (1985, p. 81), desde um ponto de vista meta-teórico é preciso se determinar o sentido do termo “criatividade”, ou seja, em que sentido uma decisão é criativa em relação à regra interpretada, ou em que consiste a novidade normativa da interpretação.

Segundo o autor,

La decisión interpretativa podría ser creativa en dos significados básicos del término “creatividad de una regla” o “creación de una regla”: a) la decisión interpretativa es creativa si formulada una regla general y/o abstracta que tenga una validez –T o una validez – G y no sea una consecuencia lógica de la regla interpretada; b) la decisión interpretativa es creativa si, no teniendo una validez – T o – G de la norma legal interpretada, funciona como una norma legal porque tiene validez – F¹³ (WRÓBLEWSKI, 1985, p. 81-82).

¹² Marmor (2005, Capítulo 9) considera que a interpretação constitucional possui características únicas e diferenciadas, e que aqueles que são encarregados da autoridade de interpretar a constituição são dotados de considerável poder jurídico com decisões moralmente muito relevantes.

¹³ Tradução livre do autor: *“A decisão interpretativa pode ser criativa em dois sentidos básicos do termo “criatividade uma regra” ou “criação de uma regra”: a decisão interpretativa é criativa se formulada uma regra geral e/ou abstrata que tenha uma validade -T ou uma validade -G e não seja uma consequência lógica da regra interpretada; b) a decisão interpretativa é criativa se, não tendo uma validade -T ou -G da norma legal interpretada, funciona como uma norma jurídica porque tem validade -F”*.

Ademais, a criatividade da interpretação constitucional é especialmente relevante em razão do lugar e das funções da Constituição e do direito Constitucional em um sistema jurídico (WRÓBLEWSKI, 1985, p. 90).

No entanto, impende registrar que a interpretação constitucional¹⁴, assim como a interpretação do direito em geral, não é livre de amarras existentes dentro do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a aplicação do direito (mediante a imprescindível e anterior interpretação) forma “*uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível*” (KELSEN, 2006, p. 390).

De fato, como explica Kelsen (2006, p. 390), se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar (normas constitucionais, v. g.), o resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, por via de consequência, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. A obtenção da norma individual no processo interpretativo é uma função voluntária, normalmente feita por um órgão jurisdicional competente¹⁵.

Há, todavia, uma possibilidade de abertura da “moldura” interpretativa que não se trata propriamente de um conhecimento jurídico¹⁶. Segundo Kelsen (2006, p. 393), normas de moral, normas de justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do estado, progresso etc. Wróblewski (1985, p. 83) chega a afirmar que a criatividade interpretativa depende das opções que se descrevem também como valores (ou vontade como decisão) do intérprete. Alerta o jurista austríaco apenas que do ponto de vista do direito positivo não se pode precisar sua validade e verificabilidade.

Ademais, é importante notar que, mesmo diante de normas fechadas, cuja formulação procure deixar menos espaço para a atuação dos juízes, é difícil garantir que as interpretações

¹⁴ Embora não seja tema específico do presente trabalho, considero importante registrar que sobre a democratização da interpretação constitucional, o Supremo Tribunal Federal já afirmou, em voto do Min. Luiz Fux, no RE 637.485, que “*A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como consectário de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional*” (BRASIL, 2012).

¹⁵ A respeito do pensamento de Kelsen, devem ser levadas em conta as diferentes fases do autor. Na década de 1960, já no final da sua vida, ele levou a questão do voluntarismo às últimas consequências quando admitiu que a interpretação se desse “fora da moldura” (legitimidade depois do fato).

¹⁶ Para Kelsen (2006, 393), essa abertura da moldura somente pode ser estabelecida pelo órgão político.

sejam únicas. Em diversos casos, os intérpretes terminam por criar exceções à regra para abarcar casos em que sua aplicação iria gerar uma injustiça patente (RODRIGUEZ, 2012, p. 131).

Um exemplo didático citado por Rodriguez (2012, p. 132) pode ajudar a entender o que estamos dizendo. Imagine-se uma regra que proíba a entrada de animais no transporte público. Em um caso concreto em que se esteja diante de um cão-guia para cegos, é provável que seja construída uma justificativa para criar uma exceção à regra.

Ao fazer isso, rompe-se o padrão de segurança jurídica que informa as concepções mais usuais. O juiz não está apenas encaixando o caso na regra geral, mas produzindo uma regra nova, justamente aquela que estabelece a exceção. Esta atividade criativa do juiz fica, naturalmente, ainda mais clara quando ele lida com normas abertas ou *standards*, cuja definição de sentido se faz com referência a um texto altamente abstrato (RODRIGUEZ, 2012, p. 133).

Sendo assim, não parece incorreto concordar com Bello Filho (2011, p. 124), segundo o qual, sem abrir mão dos nossos valores, devemos reconhecer que o direito não é um dado preconcebido, mas sim aquilo que conseguimos provar que ele é, por meio da argumentação e da justificação fundamentadas. Mesmo porque, segundo Rodriguez (2012, p. 135), “*a depender do objeto regulado, uma norma jurídica aberta pode produzir mais segurança jurídica do que uma norma jurídica fechada*”. Não há, pois, uma relação necessária entre normas fechadas e segurança jurídica, sendo certo que a hermenêutica filosófica bem atende aos anseios contemporâneos, assim como é capaz de preservar a segurança jurídica.

Dessa forma, o problema da evolução hermenêutica e da segurança jurídica não se resolve apenas com o texto da lei. É preciso levar em conta o processo de aplicação e considerar a fundamentação das decisões judiciais na discussão sobre segurança jurídica, o que significa, em outras palavras, sair de um paradigma textualista para entrar num paradigma argumentativo, ou seja, que não se apresente mais como representante do partido da restauração, mas que proponha uma reforma no conceito de segurança jurídica (RODRIGUEZ, 2012, p. 139).

Neste contexto, no presente trabalho, preferi não adotar uma posição radical sobre a interpretação totalmente aberta da Constituição. Entendo que a previsibilidade das decisões judiciais é pressuposto básico de qualquer estado democrático, sendo certo que os juristas devem buscar sempre evitar as incertezas e os riscos da insegurança jurídica¹⁷.

¹⁷ Este também é o entendimento de Bello Filho em sua mais recente obra (2011, p. 121-123).

Fiz esta opção porque, como veremos adiante, nos últimos anos, no Brasil, estamos vivenciando um período de intenso ativismo jurídico¹⁸ (chamado por alguns de ativismo judicial)¹⁹, tendo sido o Supremo Tribunal Federal (STF) instando constantemente a tomar decisões que, na opinião de muitos, estariam reservadas à análise exclusivamente política²⁰. E essa afirmação (sobre ativismo e a esfera supostamente restrita de atuação política do Supremo) não é necessariamente verdadeira²¹. De fato, como bem observa Rodriguez (2012, p. 134):

Diante da Constituição brasileira, que tratou de uma série de temas por meio de normas abertas, estabelecendo princípios gerais de diversas áreas do direito; e das características da legislação infraconstitucional, também marcada, muitas vezes, pela utilização de normas abertas, não parece razoável propor um modelo hermenêutico lógico-formal para

¹⁸ A discussão sobre ativismo jurídico só se tornou possível a partir do novo modelo jurídico-político adotado pela Constituição de 1988, pois esta ocasionou o fenômeno jurídico da judicialização e várias matérias, inclusive as políticas. Nesse sentido, Veríssimo (2008, p. 408) defende que sob um prisma externo à dogmática constitucional, o primeiro produto mais importante desse novo arranjo constitucional consistiu em uma espécie de “fuga” cada vez mais acelerada dos temas políticos (de política pública, de ação governamental executiva, de política representativo-partidária) para dentro do mundo do direito e, deste, para dentro dos órgãos judiciários. Esse processo, chamado globalmente pela alcunha de “judicialização”, que se torna cada vez mais prevalente na experiência nacional, não parece ter sido, ademais, um resultado imprevisto do novo arranjo constitucional. Ao contrário, parece ser um resultado previsível e talvez desejado por esse mesmo arranjo, na medida em que, para além de traduzir o compromisso de democracia social para dentro do léxico do direito, o texto constitucional promulgado em 1988 também cuidou de criar novos mecanismos de tutela judicial capazes de viabilizar a “implementação” dos “direitos” e “princípios” de transformação social incorporados à nova carta.

¹⁹ Opto pela expressão “ativismo jurídico” em consonância com os ensinamentos de Santana (2012). Para o autor: *“Esse quadro é o cenário perfeito para o nascimento do que chamo de ativismo jurídico, em substituição às equivocadas denominações de ativismo judicial, ativismo do judiciário, judicialismo político, politização da justiça e tantas outras com as quais nos deparamos. Explico. O processo em geral cinge-se ao princípio da iniciativa das partes. Portanto, excetuando-se as hipóteses legais restritas, a iniciativa do magistrado é limitada, por isso esperando a provocação dos litigantes, através dos seus advogados, ou do ministério público, nas atribuições que lhe são afeitas constitucionalmente. É conclusivo que a advocacia, como o ministério público e a magistratura são funções essenciais ao funcionamento do Poder Judiciário, portanto, a atividade comissiva de quem tem a iniciativa conduz o magistrado ao pronunciamento judicial. Fosse do magistrado a iniciativa e poder-se-ia falar em ativismo judicial. Como é resultado de provocação de uma das funções essenciais ao Poder Judiciário, é mais apropriado falar-se em ativismo jurídico”*. – Grifei.

²⁰ Mendes (2008, p. 126) chega a afirmar que *“Diante desse quadro, não soa descabida a advertência de que estamos caminhando para uma onipotência judicial ou, se preferirmos, para um novo governo dos juízes, em que as grandes decisões políticas, como já acentuado, vão se deslocando do âmbito do Legislativo e do Executivo para o do Poder Judiciário”*.

²¹ Ressalto que a omissão dos demais poderes devem necessariamente ser supridas pela atividade do judiciário. Não defendo o fim ou mesmo a mitigação do exercício do poder pelo executivo ou legislativo. Todavia, o judiciário tem papel fundamental ante a omissão dos demais poderes, sobretudo perante a sua inércia, bem como em atos incompatíveis com os princípios constitucionais que tolham os direitos das minorias. Se isso não fosse verdade, nunca o Brasil teria reconhecido a união homoafetiva ou a não criminalização de abortos de anencefálicos, por exemplo. Para aprofundar o entendimento sobre se é bom ou ruim o papel atual do Supremo, Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista Direito GV. Jul-Dez 2008. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, p. 441-464. Apesar do título do artigo, Oscar Vilhena (p. 456) deixa claro que é *“difícil julgar se o fenômeno da supremocracia é positivo ou negativo, anda mais quando discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo”*. – Grifos no original.

sua operação. Os juízes têm, de fato, em nossa realidade, um espaço amplo para atuar, autorizado pelo texto da norma.

Inobstante, no controle de constitucionalidade brasileiro, a partir de uma concepção do direito processual constitucional como parte do direito de participação democrática, foram introduzidos dois importantes instrumentos de abertura da interpretação constitucional: a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, como forma de permitir a efetiva comunicação entre os diversos participantes do amplo processo de interpretação constitucional.

Tais inovações tiveram como objetivo o aperfeiçoamento dos instrumentos de informação/publicidade, bem como o alargamento da participação da sociedade no processo constitucional, pluralizando o debate e conferindo maior legitimidade democrática às decisões do Supremo Tribunal Federal (RODRIGUEZ, 2011, p. 347-355). Assim sendo, não parecem mais tão graves as críticas que o Supremo vem sofrendo por supostamente se imiscuir em “questões políticas” e que em tese estariam “reservadas ao legislativo”.

2.3 Interpretação e Mutação Constitucional: as transformações constitucionais pela evolução da jurisprudência

Analisando a diferença entre o estudo dos fenômenos naturais e culturais (sendo que o Direito se inclui nesta última classificação), percebemos que a metodologia deve necessariamente ser radicalmente diferente. Ao estudar os fenômenos naturais (ou realidades naturais), a análise se dá de uma forma mais destacada, pelo uso da explicação como ato de conhecimento em um método ao mesmo tempo indutivo e empírico.

Indutivo porque após a observação, se formula uma hipótese que pode vir a se provar verdadeira, que inicialmente vai além do comprovado, mas por si só não é necessariamente correta (o que não ocorre no raciocínio dedutivo, onde só se reorganiza o conhecimento, em vez de criá-lo)²². Para garantir que a hipótese se mantenha como verdadeira, é necessário que essa solução provisória seja submetida à experimentação que poderá ou não verificá-la de acordo com a observação da realidade externa.

²² Segundo Vickers (2014), “*Induction can amplify and generalize our experience, broaden and deepen our empirical knowledge. Deduction on the other hand is explicative. Deduction orders and rearranges our knowledge without adding to its content*”.

Após esse trabalho, se confirmada por meio do experimento, poderá ser formulada aquilo que se chama de lei, um enunciado geral e sintético que descreve a relação entre os fenômenos estudados. Assim, o trabalho do cientista natural tem uma relação com objetos neutros quanto a valores, encerrando-se no momento em que um corte é realizado e ao fenômeno é atribuída uma causa externa, próxima ou remota.

Já no campo deontológico, onde o dever-ser é a estrutura que prevalece, o método empírico-indutivo não se aplica, já que as normas éticas não se compõem apenas das condutas concretas que pretendem regular, mas também daquilo que deve vir a ser através de seus efeitos. No campo do direito, a eficácia não é, *prima facie*, condição de validade.

Quanto a objetos culturais, é ainda mais específico o método utilizado, que é, ao mesmo tempo, empírico e dialético, onde a explicação como ato de conhecimento típico das ciências naturais não é cabível. Ao invés disso, a compreensão, que pela característica dialética é mais adequada ao objeto estudado, busca o seu significado enquanto construção humana.

Por ser uma construção cultural, com um significado que também é construído, as interpretações no campo dos objetos culturais, frutos de investigações anteriores, acabam constituindo parte integrante das linhas de pensamento que formam novas interpretações. Assim, investigações sucessivas acerca do mesmo objeto, em vez de substituir construções anteriores, as prosseguem e enriquecem, prorrogando um ciclo de criação de significado acerca dos objetos culturais.

É correto, pois, afirmar que a norma jurídica é o resultado da interpretação, enquanto Reale assevera que o Direito é norma e situação normada, e que a norma é sua interpretação. Logo, a constante adequação do direito à realidade é condição indispensável da própria efetividade do direito, sendo que da tradicional divisão tripartite realizada por Reale (2009), esta é aquela relacionada aos fatos sociais e sua realidade²³. Porém, essa conformidade não é determinante das normas jurídicas, que possuem como função modificar uma realidade social, por sua própria característica de *dever-ser*.

Tanto que para Lassalle (2001, p. 17), os “*fatores reais de poder*” imperantes na sociedade são o ponto mais importante de uma norma constitucional, sendo que a ausência de sintonia entre estes transformaria a constituição em uma mera “folha de papel”. Ainda, Hesse

²³ Para aprofundamento sobre a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, Cf. REALE (2009).

(1991, p. 14-15) adverte que a constituição possui possibilidades, ligadas ao seu ser (*sein*), e seus limites, ligados ao dever-ser (*sollen*), porque por mais que esta esteja limitada por suas características históricas, ela também é fator ordenador e limitador da realidade social.

Nesse diapasão, por vezes, em razão de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda em virtude uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição, de fato, “muda”, sem que suas palavras tenham sofrido modificação alguma.

Então, as mutações normativas (dentre as quais se inclui a mutação constitucional), baseadas em modificações sociais que seriam *prima facie* fatores externos ao direito, se convertem em métodos de atualização e manutenção da força normativa de um ordenamento.

Ora, os princípios constitucionais do mesmo modo que os direitos fundamentais positivados na Constituição de 1988 têm linguagem aberta e são normas que têm por trás de si mesmas *background moral values*, o que significa dizer que a linguagem e o texto em si não têm o condão de limitar a atuação dos intérpretes, até porque é da natureza da linguagem permitir diversos significados. Tentar limitar a interpretação da Constituição pela norma escrita é equiparar a norma ao texto, o que não é possível especialmente quando se trata de direitos humanos fundamentais (BARBOZA, 2014, p. 244).

A comunicação entre a Constituição e a realidade histórica é feita pela prática constitucional da comunidade e também pelo Poder Judiciário²⁴. É próprio das normas de direitos fundamentais, ante seu caráter abstrato, a possibilidade da “*constante evolução de seu significado e o ajustamento de seu sentido às exigências da realidade sem a necessidade de se convocar a todo instante a manifestação do Poder Constituinte Derivado*”, ou seja, sua abertura permite assim “*o evoluir permanente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a história e o seu progresso*” (CLÉVE, 2000, p. 26-27).

Portanto, mutação constitucional é diferente da mudança da constituição que sucede com a emenda constitucional, que é um processo formal de alteração do texto constitucional previsto no art. 60 da CF/88.

²⁴ Barboza (2014, p. 244-245) defende que essa tendência não ocorre apenas no âmbito constitucional. Segundo a autora, em virtude da rápida transformação por que passa a sociedade contemporânea, os códigos passaram a estabelecer, intencionalmente, cláusulas gerais abertas, que permitem ao julgador certa margem para adaptar as normas aos novos valores da sociedade. Dito de outra maneira, a perenidade de um sistema constitucional ou legal se dá justamente com a adoção de normas gerais, abstratas e abertas, de conteúdo indeterminado que possam se adaptar as rápidas mudanças da sociedade atual.

A mutação ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração de seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem a modificação das palavras que a expressam. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional ou, como é mais comum, pela via interpretativa. Isto é, o texto é o mesmo, porém o sentido que lhe é atribuído é outro. Canotilho (2003, p. 1101) sentencia: “*muda o sentido sem mudar o texto*”. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional²⁵.

A interpretação judicial empreendida na Constituição que lhe altera o significado é um verdadeiro fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais (VARGAS, 2014, p. 32).

O conceito de mutação foi introduzido no direito constitucional por Laband e posteriormente tratado de forma mais ampla e técnica por Jellinek em clara contraposição à reforma constitucional. Desde então, passou a ser utilizado de forma genérica não havendo uma unanimidade em relação ao seu conteúdo e limites (NOVELINO, 2008, p. 143).

As mutações constitucionais (também chamada de “*interpretação evolutiva*”²⁶) nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos das Constituições, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação²⁷.

Na mutação constitucional, há uma modificação informal que deixa intacto o texto, produzida por fatos que não têm de ir acompanhados pela intenção ou consciência de tal mudança (JELLINEK, 1994, p. 15-35).

Além disso, as mutações constitucionais são decorrentes da conjugação da peculiaridade da linguagem constitucional, polissêmica e indeterminada, com os fatores externos,

²⁵ Consigno que do mesmo modo que o problema dos limites da interpretação não se coloca, com exclusividade, nos domínios da hermenêutica jurídica, também o tema das mutações normativas, ou seja, das alterações do sentido dos enunciados, conservando intacta a sua roupagem verbal, não configura nenhuma exclusividade ou privilégio dos textos constitucionais, mas se estende às normas jurídicas em geral.

²⁶ Cf. Pedra (2012, p. 106).

²⁷ No dizer de Pedra (2011, p. 16): “*A mutação constitucional é um processo informal que cuida da alteração da Constituição. Na mutação, a norma constitucional modifica-se apesar da permanência do seu texto, pressupondo a não identificação entre a norma e o texto normativo. O texto é composto por palavras, cujos significados não são únicos e ainda não cambiantes com o passar do tempo*”.

de ordem econômica, social e cultural, que, dialeticamente, interagem com ela, produzindo leituras sempre renovadas das mensagens enviadas pelo constituinte²⁸ (MENDES, 2008, p. 130).

A mutação constitucional é a harmonização entre o momento da aplicação da norma e toda a conjuntura presente neste momento e o texto normativo constitucional a ser aplicado, evidenciando a necessidade de eficácia social na aplicação da norma. O que ocorre é uma mudança no entendimento geral da sociedade sobre determinado assunto, o que leva a necessidade de alteração em entendimento anteriormente explicitado.

Indubitavelmente, diz Smend (1985, p. 137):

es evidente, que el acto constituyente de cualquier asociación no conlleva, como si se tratara de la maquinaria de un reloj al que se ha dado cuerda, su funcionamiento continuado. El acto fundacional há de ser, por el contrario, renovado en cada momento. La energía integradora de ese acto inicial ha de ser nuevamente actualizada en cada momento; y ello generalmente se va produciendo a través de la actuación estatutária de los órganos y del debate interno de la asociación. Es decir, la normación, la constitución de un grupo social y de su organización no es una simple regulación de una estructura dada y permanente, y de sus manifestaciones exteriores, sino que es la forma que da fundamento a dicho grupo y le permite su continua creación y renovación²⁹.

Observa-se a interpretação evolutiva na reconstrução do Direito Constitucional de forma dinâmica por meio das mudanças existentes fundamentalmente na realidade social. É através da interpretação evolutiva que se torna possível que a Constituição permaneça atualizada e adaptada à conjuntura política e social de qualquer época. Isso porque, utilizando essa técnica, faz-se a adaptação do conteúdo posto à realidade observada pelo intérprete em seu mister e em seu tempo (PEDRA, 2012, p. 106).

Barroso (2002, p. 144) entende que esta é a técnica a ser aplicada à interpretação da constituição, na medida em que consiste na aplicação de significado que não é o histórico, mas sim de um significado mutável e adaptável a momento de sua aplicação.

²⁸ A mutação constitucional é, portanto, tanto um problema de interpretação, quanto da relação de tensão entre o direito constitucional e a realidade constitucional, sendo o fator temporal o principal responsável por esse fenômeno (NOVELINO, 2008, p. 144).

²⁹ Tradução livre do autor: “Claramente, o ato constitutivo de qualquer associação não se comporta como se fosse o maquinário de um relógio que foi dado corda e que tem o seu funcionamento contínuo. O ato de fundação deve, ao contrário, ser renovado a cada momento. O poder de integração desse ato inicial deve ser atualizado a cada momento; e isso geralmente ocorre através do desempenho dos órgãos sociais e do debate interno da associação. Ou seja, a norma fundamental, a constituição de um grupo social e sua organização não é uma simples regulação de uma estrutura dada e permanente, e de suas manifestações externas, mas esse é o caminho que dá substância ao grupo e permite a sua contínua criação e renovação”.

É possível que haja mutações constitucionais dentro da norma constitucional, não significando que o texto tenha mudado, mas indicando que a aplicação da norma precisou adaptar-se para uma maior eficácia e coerência (PEDRA, 2012, p. 107).

Dessa maneira, “*mesmo nos países de constituição rígida como os Estados Unidos, o texto pode restar intacto, modificando-se, no entanto, o sentido que lhe fora originariamente atribuído*” (VARGAS, 2014, p. 32).

É de se anotar por oportuno que, nos Estados Unidos, a revolução judicial e não emendas formais à Constituição, é que tem servido como um dos principais caminhos para uma mudança fundamental da Constituição, entendida esta como um instrumento vivo (BARBOZA, 2014, p. 245).

Nesse sentido, Ackerman (2007, p. 1742) faz a seguinte observação:

It is a judicial revolution, not formal amendment, that serves as one of the great pathways for fundamental change marked out by the living Constitution. Despite their insistence on the primacy of the written text, movement-Republicans are not misled by their own rhetoric when it comes to the serious business of transforming constitutional politics into constitutional law. But judicial revolution isn't the only way to transform constitutional values in the modern era. A second great pathway involves the enactment of landmark statutes that express the new regimes basic principles: the Social Security Act, for example, or the Civil Rights Acts of the 1960s³⁰.

Barroso (2009, p. 130), ao tratar da interpretação como veículo de mutação constitucional, tenta diferenciar a mutação constitucional como um “*fenômeno mais profundo do que a simples mudança de jurisprudência*”, posto que esta poderia ocorrer simplesmente com uma mera alteração do ponto de vista do julgador ou por mudança na composição do tribunal.

Entretanto, apesar de ser defensável tal distinção, a exemplo de Vargas (2014, p. 65), optei por não adotá-la neste trabalho. Assim, não considero haver distinção entre mutação constitucional e interpretação construtiva ou evolutiva – estas modalidades interpretativas se consubstanciam simplesmente em mutação constitucional³¹.

³⁰ Tradução livre do autor: “*É a revolução judicial e não a alteração formal que serve como um dos grandes caminhos para a mudança fundamental marcada na Constituição Viva. Apesar de sua insistência na primazia do texto escrito, o movimento republicano não é enganado por sua própria retórica quando se trata da importante questão de transformar a política constitucional em direito constitucional. Porém, a revolução judicial não é a única forma de transformar os valores constitucionais na era moderna. Uma segunda forma envolve de maneira significativa a promulgação de leis que expressam princípios básicos do novo regime: a Lei da Segurança Social, por exemplo, ou o Ato dos Direitos Civis dos anos 1960*”.

³¹ Na doutrina pátria, além de Vargas (2014), Botelho (2011, p. 27) também adota a tese da inexistência de distinção entre interpretação construtiva ou evolutiva e mutação constitucional.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343 (BRASIL, 2009c), fixou entendimento que uma mudança realizada pela corte constitucional em sua jurisprudência, admitindo interpretação diversa de outra aplicada preteritamente, não significa o reconhecimento de equívoco ou de interpretação errônea, mas tão somente que a corte entendeu que a evolução da realidade social exigiu aplicação diversa para atender melhor aos anseios sociais. Assim, a mutação constitucional não é mera correção de posicionamento anterior, mas adaptação de interpretação por meio da técnica evolutiva.

Tendo em vista que o direito não é uma ciência exata, não podemos aplicar a dualidade do certo e errado na solução de conflitos de interpretação. A base jurídica da interpretação são as convenções, sejam elas postas ou pressupostas, de modo que a interpretação da norma está sujeita à evolução do pensamento e dos costumes³². De modo que um ato reprovável na atualidade mostra-se normal e corriqueiro no futuro, de modo a deixar de ser um ato juridicamente relevante.

Engessar a interpretação às intenções do legislador constituinte à época da edição da norma, para a interpretação evolutiva, não parece alcançar o melhor resultado, vez que não dá margem ao intérprete de manter a constituição atual e as normas vivas e capazes de serem aplicadas em qualquer época.

Nessa esteira, é o pensamento de Engisch (1996, p. 173):

[...] não é só uma mudança no todo do Direito que arrasta atrás de si, como por simpatia, o Direito preexistente: também o fluir da vida o leva atrás de si. Novos fenômenos técnicos, econômicos, sociais, políticos, culturais e morais tem ser juridicamente apreciados com base nas normas jurídicas preexistentes. Ao ser o Direito obrigado a assumir posição em face de fenômenos e situações que o legislador histórico de maneira nenhuma poderia ter conhecido ou pensado, ele cresce para além de si mesmo.

Mendes (2014, p. 134) adverte, contudo, que a nova interpretação deve encontrar apoio no teor das palavras empregadas pelo constituinte e não deve violentar os princípios estruturantes do texto constitucional ou, ao contrário, haverá apenas uma nova interpretação constitucional³³.

³² Este também é o entendimento de Canaris (1996, INTRODUÇÃO, p. XIX-XX) para quem “o *Direito pertence a uma categoria de realidade dada por paulatina evolução das sociedades. A sua configuração apresenta-se, pelo menos ao atual estágio dos conhecimentos humanos, como o produto de uma inabarcável complexidade causal que impossibilita, por completo, explicações integralmente lógicas ou racionais*”.

³³ Lembro que no conceito de Falcão (2013, p. 84), a Hermenêutica é focalizada como sendo um sistema de diretrizes voltadas à orientação da atividade interpretativa, a fim de que esta não se deixe levar de roldão pelo sentido, dada a

Com efeito, Canotilho (2003, p. 1.101-1.102) afirma que muito embora não se deva entender a Constituição como um texto estático e rígido, completamente indiferente às alterações da realidade constitucional, isso não significa entregar o seu texto à discricção dos intérpretes/aplicadores, liberando-os para leituras que, realizadas à margem ou além da fala constitucional, acarretem alterações não permitidas pela Constituição³⁴.

Destarte, as decisões podem trazer novas regras e princípios que emergem do próprio texto constitucional, do contexto histórico e de prévias interpretações judiciais sobre a compreensão da Constituição. Os juízes, nesse sentido, devem estar conscientes de que, apesar de o direito estar em constante mudança, a interpretação judicial, em si mesma, deve envolver métodos que garantam continuidade, estabilidade, coerência e integridade (BARBOZA, 2014, p. 284).

Pedra (2011, p. 32) aduz ainda que atualmente, afastada do seu passado preponderantemente político, a mutação constitucional deixou de funcionar como uma influência do mundo fático sobre a Constituição e tornou-se legítima na medida em que se mantém nos marcos normativos estabelecidos pela Constituição.

Historicamente, é provável que o mais relevante caso da chamada mutação constitucional seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico – em vagões de trens – era legítima. Foi a consagração da fórmula “*equal but separated*”. Essa orientação veio a ser superada no já

inesgotabilidade deste, que é capaz de provocar desvios na *função social da interpretação* – princípio, este, a que outorgamos especial relevo. Na verdade, acrescenta o autor, “*não é qualquer sentido que nem é todo sentido que serve às finalidades de ordenação social, ou mesmo a outras finalidades que não impliquem cerceamento da liberdade de pensar, uma vez que a liberdade de pensar é uma coisa – que, aliás, se liga à inesgotabilidade do sentido, porquanto esta é consequência daquela – e outra, bem distinta, é a liberdade de aplicar as várias opções interpretativas, quer dizer, as várias opções a que o pensamento chegue*”. Assim, acrescenta, ainda Falcão: a “*escolha entre as diversas alternativas de interpretação há de estar voltadas para o alcance social que a aplicação do sentido, assim captado, possa ter*”. E, de fato, se trata de algo bem distinto, porque não é todo sentido captado que se presta à ordenação social, sendo que alguns levariam mesmo à desorganização da sociedade, com todo um conjunto de efeitos deletérios para a convivência e para a paz social. E aí é que entra o papel da Hermenêutica, o qual, se já tem alguma relevância no tocante a qualquer interpretação, tê-la-á muito maior no que se reporta à interpretação jurídica e à mutação constitucional.

³⁴ O assunto preocupa os juristas em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, já que mesmo as leituras não autorizadas do seu texto se espriam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação. Daí a existência das cláusulas pétreas como as da Constituição brasileira, cujo art. 60, § 4º dispõe, peremptoriamente, que não será objeto de deliberação qualquer proposta de emenda tendente (apenas com a intenção) a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade (WOLFE, 1991, p. 354 e 407-450).

A evolução do entendimento da Suprema Corte dos EUA, sem que qualquer letra da Constituição norte-americana fosse alterada (uma verdadeira mutação constitucional), passou a evidenciar que as mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito (MENDES, BRASIL, 2013b).

No direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de discutir como fundamentos da decisão o tema da evolução jurisprudencial no Recurso Extraordinário (Repercussão Geral) nº 630.733, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2013b)³⁵.

Mendes (2014, p. 1.050) levou para a Corte seu magistério, segundo o qual um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional é aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, à possível mutação constitucional. Sustentou Mendes que, se a repercussão no plano material é inegável, inúmeros são os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

Mendes citou a lição de Larenz (1997, p. 495), a qual colhi no original:

De entre os factores que dão motivo a uma revisão e, com isso, frequentemente, a uma modificação da interpretação anterior, cabe uma importância proeminente à alteração da situação normativa. Trata-se a este propósito de que as relações fácticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si e em conformidade aos quais projectou a sua regulação, para os quais a tinha pensado, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se 'ajustar' às novas relações. É o factor temporal que se faz notar aqui. Qualquer lei está, como facto histórico, em relação actuante com o seu tempo. Mas o tempo também não está em quietude; o que no momento da gênese da lei actuava de modo determinado, desejado pelo legislador, pode posteriormente actuar de um modo que nem sequer o legislador previu, nem, se o pudesse ter previsto, estaria disposto a aprovar. Mas, uma vez que a lei, dado que pretende ter também validade para uma multiplicidade de casos futuros, procura também garantir uma certa constância nas relações inter-humanas, a qual é, por seu lado, pressuposto de muitas disposições orientadas para o futuro, nem toda a modificação de relações acarreta por si só, de imediato, uma alteração do conteúdo da norma. Existe a princípio, ao invés, uma relação de tensão que só impele a uma solução - por via de uma interpretação modificada ou de um desenvolvimento judicial do Direito - quando a insuficiência do entendimento anterior da lei passou a ser 'evidente'.

Portanto, afirma Larenz (1997, p. 498-500) que a alteração da situação normativa pode conduzir à modificação – restrição ou extensão – do significado da norma até aqui

³⁵ Em capítulo posterior irei aprofundar mais ainda a análise sobre este precedente.

prevalecente. Além da alteração da situação normativa, existem situações fáticas que provocam modificações na estrutura da ordem jurídica global, por exemplo, ou mesmo a simples necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que também podem provocar uma alteração de interpretação.

Neves (1988. p. 20) partilha do mesmo entendimento ao afirmar que a “*condicionalidade histórica do ordenamento jurídico revela-lhe uma de suas características básicas: a dinamicidade*”. De mais a mais, a “*estática dos textos não condiciona a estática dos conceitos normativos*”.

Na semântica, é considerada criação de um novo termo a atividade que empresta novos sentidos a um termo existente. Mudando o que deve ser mudado, se aceitarmos o mesmo como verdadeiro para o direito, as novas leituras realizadas por juízes e tribunais, constituem uma verdadeira atividade de renovação do direito, através do qual o ordenamento jurídico se mantém operacional em face das mudanças das realidades normatizadas.

Nesse momento, funcionam os juristas como criadores de direito, de forma heterônoma e abreviada, mas sem constituir atividade legislativa. Essa atividade, por mais criticada que seja, é necessária, não só pela distância existente entre o texto e o âmbito da norma, mas também pelas constantes alterações na realidade social que as normas buscam regular, transformações que ampliam aquela distância, suscitando problemas de adequação da norma à realidade, e que o julgador não pode esperar que o processo legislativo resolva.

Os tribunais podem, então, abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o fator temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correta agora não mais o seja (LARENZ, 1997, p. 498-500).

O fenômeno da chamada mutação constitucional ganha relevo porque é apenas no momento de sua aplicação aos casos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos. De acordo com a observação de Häberle, não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Em outras palavras, o texto, confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro texto. Essa reflexão e a ideia segundo a qual a atividade hermenêutica nada mais é do que um procedimento historicamente situado autorizam Häberle a realçar que uma interpretação constitucional aberta

prescinde do conceito de mutação constitucional enquanto categoria autônoma (HÄBERLE, 1997, p. 26-29).

Sagüés (1998, p. 62-63) resume da seguinte maneira os argumentos que confluem para abonar a viabilidade e a ética da interpretação mutativa: 1) necessidade de acomodar as normas constitucionais à realidade; 2) possibilidade da nova interpretação “salvar” reformas constitucionais formais, pois segundo o autor argentino, certas emendas formais ao texto da Constituição não são suficientes por si, havendo necessidade de uma boa interpretação, que poderá proporcionar o resultado desejado; e 3) com base em Thomas Hobbes, o argumento do “constituinte atual”, isto é, o poder-dever que a sociedade tem de manter atuais suas próprias leis.

Nesses casos – de real mutação constitucional –, Mendes (2014, p. 1050) assevera que fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração.

No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas.

A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos, encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização. Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira. Porém, existem aspectos como a segurança jurídica e a confiança dos cidadãos nas ações governamentais que flexibilizam esta concepção³⁶.

2.4 O Sincretismo atual no Controle de Constitucionalidade e a Modulação dos Efeitos das Decisões do Supremo Tribunal Federal

Uma das premissas fundamentais que adoto neste trabalho diz respeito ao novo papel do direito constitucional. Segundo Pildes e Anderson (1990, p. 2123), “*constitutional law is no*

³⁶ Isso será analisado em tópicos posteriores.

longer understood as the judicial policing of well-defined spheres of powers and immunities, but as a means of facilitating democratic participation and decision making”³⁷.

Logo, não compreendo o direito constitucional e os instrumentos de controle de constitucionalidade como redomas impenetráveis, como algo que a população não possa ter acesso e compreender com meridiana clareza e facilidade. Em verdade, no âmbito do direito, o direito constitucional e o controle de constitucionalidade têm de ser disciplinas de amplo e fácil acesso a toda comunidade (e não apenas à comunidade acadêmica), sendo de fundamental importância a elaboração e difusão de estudos jurídicos sobre a matéria.

A segunda premissa adotada é a de que o constitucionalismo tem como uma de suas funções primordiais resguardar os direitos fundamentais, competindo ao controle de constitucionalidade dar-lhes um reforço ainda maior, na medida em que se constitui como uma técnica viabilizadora da consideração e efetividade dos valores essenciais sobre os quais o direito constitucional se assenta. De fato, *“a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados”* (KELSEN, 2007, p. 240).

Essa premissa está assentada, por exemplo, em Dworkin (2007, p. 476; 2010, p. 223), para quem o controle de constitucionalidade tem uma função especial para assegurar a efetivação da Constituição, tanto no que tange aos valores morais constitucionalmente garantidos, quanto aos direitos e deveres garantidos às minorias. Em última análise, o controle de constitucionalidade é indispensável à própria manutenção da democracia.

Pois bem, dito isso, cumpre enfatizar que o controle de constitucionalidade, a depender dos ideais de cada sociedade, tem uma maneira de exteriorização (CAMARÃO, 2007, p. 158). Em certos países se manifesta através da forma difusa, pela qual qualquer juiz ou tribunal pode efetuar o referido controle em um caso concreto. Em outros, manifesta-se somente pela forma concentrada, em que apenas um tribunal (em regra um Tribunal Constitucional) está autorizado a fazê-lo. Em outros países são adotadas ambas as formas de controle, ora dando preferência ao modo difuso, ora dando primazia ao modo concentrado.

Na Constituição de 1988, o Brasil adotou as duas sistemáticas de controle de constitucionalidade³⁸ (concentrado e difuso), dando maior ênfase, no texto original, ao controle

³⁷ Tradução livre do autor: *“O direito constitucional não é mais entendido como o mero controle judicial das esferas bem definidas de poderes e imunidades, mas sim como um meio de facilitar a participação democrática de tomada de decisão”*.

concentrado³⁹, porquanto a filosofia que cerca este tipo de controle aponta para as ideias de separação dos poderes, segurança jurídica, celeridade e apego à necessidade de se construir imediatamente uma sociedade garantidora dos direitos humanos fundamentais.

Hodiernamente, no entanto, parece inegável que nosso país está vivendo uma verdadeira fase de sincretismo do controle de constitucionalidade (e esta é minha terceira premissa), pois o controle difuso, outrora utilizado para mera análise do caso concreto, está definitivamente objetivado ou abstratizado. As vias processuais de controle concreto ou difuso (ações originárias perante o STF – HC, MS, AC - ou recursos/sucedâneos recursais – RE, AgR) não possuem mais apenas caráter subjetivo.

Todos os processos que tramitam no Supremo assumiram a função de verdadeira defesa da ordem constitucional objetiva, notadamente com o advento da EC nº 45/2004, através dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, bem como da evolução do entendimento do Supremo quanto à causa de pedir aberta (AMORIM, 2010, p. 37-74).

Para que não restem dúvidas quanto a esta premissa, registro que, recentemente⁴⁰, foi divulgado, no Informativo de Jurisprudência 739 do Supremo⁴¹, a mais recente consolidação e exemplo desse sincretismo atual no controle de constitucionalidade das leis pelo Supremo.

Na Reclamação nº 4.335/AC, de Relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgada em 20.3.2014 (acórdão ainda não publicado), o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em reclamação ajuizada sob o argumento de ofensa à autoridade da decisão da Corte no Habeas Corpus 82.959 (BRASIL, 2006), no qual foi declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, que vedava a progressão de regime a condenados pela prática de crimes hediondos. Isto é, o Supremo conheceu e julgou procedente Reclamação contra decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

³⁸ A esse respeito Veríssimo (2008, p. 416) explica que: “A formação do Supremo Tribunal Federal como corte suprema, isto é, como órgão de cúpula do judiciário brasileiro, aliada ao modelo de controle difuso de constitucionalidade, deriva do arranjo constitucional da primeira república. E isso responde pela variada gama de atividades que são atribuídas à corte até hoje. Além disso, com a introdução (em 1965, no início, pois, do último governo militar), de um mecanismo estruturado de controle concentrado de constitucionalidade, tais competências ficaram ainda mais amplas, consolidando-se o modelo de controle misto (parte recursal-difuso, parte originário-concentrado) que marca a corte até hoje”.

³⁹ Apesar de adotar esta concepção, não posso deixar a posição de Ramos (2010, p. 250), para quem “a fiscalização da constitucionalidade de atos legislativos à luz da Constituição vigente é difusa, embora a fiscalização por conduta omissiva do Parlamento (ou da Administração) deva ser reconhecida como mista”.

⁴⁰ Precisamente em 11 de abril de 2014.

⁴¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>. Acessado em 07/05/2014.

Ademais, a partir da significativa alteração na composição do Supremo e da introdução de novas técnicas de decisões, notadamente quanto aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, verifica-se um avanço no procedimento de tomada de decisões.

Como exemplo do que estou a afirmar é a interessante questão apreciada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que concerne à necessidade de o próprio STF utilizar o procedimento previsto no art. 97 da Constituição na hipótese de existir pronunciamento da Suprema Corte que afirme a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Em acórdão proferido no AgRgAI 168.149 (BRASIL, 1995), da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de afirmar a dispensabilidade de se encaminhar o tema constitucional ao Plenário do Tribunal, desde que o Supremo Tribunal já se tenha pronunciado sobre a inconstitucionalidade da lei questionada⁴².

Esse entendimento jurisprudencial, já identificado e incorporado pela doutrina, marca a evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto⁴³. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado.

Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal, proferida *incidenter tantum*. E isto, vale dizer, repercute para os outros órgãos jurisdicionais, ou seja, se o STF, em sede de controle difuso ou concentrado já tiver se pronunciado sobre a (in)constitucionalidade de ato normativo,

⁴² Este entendimento foi reiterado em outras decisões com fundamentos idênticos, tais como nos Recursos Extraordinários 190.728, 150.755 e 150.764.

⁴³ O fundamento “meta jurídico” para que o Supremo caminhasse nessa direção talvez possa ser explicado pela enorme quantidade de processos submetidos ao Tribunal. Para ilustrar o que estou a afirmar, utilizo estudo publicado por Veríssimo (2008, p. 421-422) que informa que, no ano de 2006, o STF proferiu 112.403 decisões. Apesar da aparente excepcionalidade dos números de julgados do Pleno em 2006, é inevitável que eles provoquem algum tipo de reflexão quanto ao trabalho do tribunal. Comparando com outras Cortes, o autor expõe que em 2007, foram proferidas, pela Corte Constitucional italiana, 464 decisões. Esse número havia sido de 463 em 2006 e 482 em 2005. Em 2000, foram 592 decisões. O Tribunal Constitucional português julgou, em 2006, 711 casos. Em 2005, 2004 e 2003, haviam sido, respectivamente, 723, 725 e 638 casos. O Tribunal Constitucional espanhol julgou, em 2007, 11.590 casos, a maior parte consistindo em recursos de amparo inadmitidos, produzindo um total de 295 sentenças de mérito. Em 2006, esses números haviam sido de 9, 173 e 382, respectivamente. O Tribunal Constitucional do Peru, entre processos de inconstitucionalidade, amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, queixas e outros processos semelhantes, julgou ao ano, em média, 7.505 processos, no período compreendido entre 2004 e 2007. Pelo que se observa dos números, é uma grande vantagem para os Ministros o sincretismo, evitando que várias demandas desnecessárias cheguem à Suprema Corte.

tal entendimento deverá ser seguido pelas demais instâncias jurisdicionais. Confere-se, portanto, a todas as decisões do Supremo Tribunal Federal eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Ressalto, no entanto, por oportuno e cabível, que para que seja caracterizada a “abstrativização do controle difuso de constitucionalidade” (expressão que também designa o fenômeno do sincretismo do controle de constitucionalidade que adotei como premissa), são necessários três requisitos: 1) que a decisão tenha sido tomada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal; 2) que a decisão tenha sido tomada pelo voto de 2/3 ou mais dos ministros da Corte; e 3) que a lei tenha sido discutida em tese e não apenas aplicada ao caso concreto.

Com o mesmo pensamento, Gomes (2006, p. 48) vai ainda além ao afirmar que:

A conclusão a que se chega, de tudo quanto foi exposto, é a seguinte: apesar da inexistência de norma explícita, o julgamento de inconstitucionalidade de um texto legal, pelo STF, na prática, mesmo quando se dá num caso concreto, na medida em que a lei foi discutida em tese (controle difuso abstrato), acaba produzindo efeito ‘contra todos’ e possui eficácia vinculante (sobretudo frente ao Poder Judiciário). O descumprimento da decisão do STF, por qualquer órgão judiciário brasileiro, para além de retratar uma convicção ideológica conflitiva com o Estado constitucional e democrático de direito, dará ensejo a uma dupla consequência jurídica:

a) em primeiro lugar, cabe a interposição de Reclamação junto ao STF (contra decisão do juiz que está violando a declaração de inconstitucionalidade mencionada). Em outras palavras, pode o prejudicado, via Reclamação, bater às portas desta Corte para que reconheça seu direito de ver o pedido de progressão examinado concretamente pelo Judiciário;

b) em segundo lugar, não se pode, de modo algum, afastar a possibilidade de ação indenizatória contra o Estado, por estar o juiz afetando direitos fundamentais do condenado, na medida em que se recusa a acolher declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF ao mesmo tempo em que continua aplicando texto legal reconhecido como inválido. – Grifei.

De mais a mais, destaco que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal⁴⁴ possuem alguns pontos em comum com o instituto do direito norte-americano do *stare decisis*⁴⁵, doutrina segundo a qual os órgãos judiciais devem dar o devido peso ao precedente. O *stare decisis*, em sentido horizontal, impõe o respeito aos

⁴⁴ Quando se fala em “decisão do Supremo Tribunal Federal”, faz-se referência à sua parte vinculativa, representada pela sua parte final prescritiva. Isso não quer dizer que, excepcionalmente, razões constantes de fundamentação da decisão, quando devidamente discutidas pelo Tribunal, não possam gerar confiança. Em algumas situações são precisamente as *rationes decidendi* que informam a posição do Tribunal a respeito da matéria. *Obiter dicta* e esclarecimentos incidentais também podem funcionar, portanto – dependendo da sua extensão, da sua clareza e do seu consenso –, como base excepcional de confiança (ÁVILA, 2012, p. 492).

⁴⁵ Sérgio Barros (2014) esclarece que o termo é advindo da locução *stare decisis et non quieta movere*, ou *estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas*. Segundo a citada locução, as Cortes devem dar o devido peso e valor ao precedente, de forma que uma questão de direito já analisada e decidida deve ser seguida sem reconsideração.

precedentes produzidos internamente pelo próprio tribunal⁴⁶. No plano vertical, o *stare decisis*, que recebe a denominação de *binding effect*⁴⁷, determina a vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública⁴⁸.

O instituto do *stare decisis* aplicado ao controle difuso também atribui à decisão proferida o caráter vinculante aos demais tribunais, fazendo com que o julgamento de inconstitucionalidade da lei acabe indiretamente assumindo uma verdadeira eficácia *erga omnes*, de modo que a lei declarada inconstitucional no caso concreto passa a ser tomada como “lei morta” (CAPPELLETTI, 1992, p. 81).

Com a aplicação desse instituto, o direito brasileiro passa a ter vantagens. Destaco, por exemplo, que se acaba com dois problemas que, em tese, adviriam do modelo difuso de controle de constitucionalidade: 1) o fato de que sempre que se quiser que uma determinada lei não seja aplicada a um determinado caso, não haja a necessidade de se ajuizar uma ação para que a lei seja considerada inconstitucional, o que oneraria em demasia o Poder Judiciário (seja pelo tempo, seja pelo gasto monetário propriamente dito); e 2) a possibilidade de divergência acerca da inconstitucionalidade de uma norma pelos vários juízes ou tribunais⁴⁹.

Dessa forma, é correto afirmar que não há mais distinções juridicamente relevantes nos modelos jurisdicionais de controle de constitucionalidade⁵⁰ (permanece importante a distinção dos mesmos para fins didáticos), valendo destacar qual é realmente o problema que resta a ser analisado neste trabalho: a evolução hermenêutica – por meio da mutação constitucional ou da interpretação evolutiva – como fator para alteração na jurisprudência do

⁴⁶ Para o ordenamento jurídico brasileiro o efeito horizontal corresponde à clausula de reserva de plenário, art. 97, CF/88.

⁴⁷ A decisão vincula tribunais inferiores, formando uma relação vertical. Esse efeito vertical, que, como dito, para o direito americano é o denominado "*binding effect*", para o ordenamento jurídico brasileiro, corresponde ao efeito vinculante.

⁴⁸ A propósito dos precedentes no direito norte-americano, cumpre registrar o instituto do "*distinguishing*", que nada mais é que um instituto de distinção na qual o precedente é afastado em razão de uma circunstância fundamental que o diferencia do caso anterior, ao passo em que o "*overruling*" é a revogação ou superação do precedente judicial (BARBOZA, 2014, p. 227 e 232).

⁴⁹ Isso porque como cada juiz tem o poder para não aplicar uma norma, a opinião particular poderia divergir (como é natural), e, conseqüentemente, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, também. Assim, com o princípio do *stare decisis* há a tentativa de acabar com as divergências e, por conseguinte, oferecer segurança jurídica (CAPPELLETTI, 1992, p. 77-79).

⁵⁰ Ainda que de maneira mais tímida do que a posição que ora defendo, Ávila (2012, p. 491) defende que as decisões do Supremo Tribunal Federal, depois da alteração promovida pela inserção do art. 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil, ao passarem pelo teste de repercussão geral, embora não tenham força vinculante formal, servem de critério orientador para os outros contribuintes: como só há repercussão geral em controvérsias que vão além do interesse individual das partes, toda decisão proferida em recurso extraordinário sinaliza a orientação também para toda uma classe de casos iguais.

Supremo e sua compatibilização com o princípio da segurança jurídica e a estabilidade das decisões judiciais.

2.4.1 Lei inconstitucional e modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal

No que se refere a análise da (in)constitucionalidade das leis, tal questão situa-se no plano da validade dos atos jurídicos, isto é, lei inconstitucional é lei nula⁵¹ (BARROSO, 2012, p. 236).

Dessa premissa resultam duas consequências significativas. A primeira é que a decisão que reconhece a inconstitucionalidade de um ato normativo é declaratória, vez que se limita a constatar situação preexistente. A segunda é que os feitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade retroagem, como regra, ao momento da gênese do ato normativo (efeito *ex tunc*) (AGRA, 2008, p. 149).

Como explica Barroso (2012, p.137), não prevaleceu, no Brasil, a doutrina que atribui à lei inconstitucional a condição de anulável, dando à decisão caráter constitutivo. Apesar disso, a jurisprudência do STF já atenua a posição radical da teoria da nulidade há algum tempo. Inobstante tenha sido previsto em lei apenas em 1999, o Supremo Tribunal Federal já aplica tal modulação ou diferimento dos efeitos das suas decisões desde 1974, quando decidiu, no Recurso Extraordinário nº 78.594 (BRASIL, 1974), que a inconstitucionalidade de lei estadual não tornava nulos os atos praticados por oficial de justiça nomeado com fundamento na mesma lei.

A mencionada regra geral, portanto, começou a sofrer exceções legais com a edição da Lei nº 9.868/99, que possibilitou ao Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, mediante o quórum qualificado de 2/3 de seus componentes, e levando em conta razões de segurança jurídica (ou do corolário da confiança dos cidadãos) ou de excepcional interesse social, modificar os efeitos *ex tunc*, tidos como regra geral, para *ex nunc* ou *pro futuro*, ou restringir ainda os efeitos daquela declaração. Denomina-se de modulação dos efeitos da decisão porque o STF pode determinar, modular, qual o efeito para se adequar às demandas de segurança jurídica do ordenamento (AGRA, 2008, p. 149).

⁵¹ Registro, no entanto, entendimento clássico de Teixeira (1966, p. 9), segundo o qual a verificação de compatibilidade de normas infraconstitucionais com o Texto Maior “*não se trata, na realidade, de estabelecer o conteúdo jurídico das normas e dos atos do poder público, nem apreciar os níveis e a hierarquia desses atos e dessas normas. [...] O problema da constitucionalidade tem um significado político maior e representa um processo de integração de um sistema constitucional*”.

O legislador trilhou bom caminho ao regulamentar a matéria, seguindo previsões da Constituição Portuguesa e Alemã⁵². Eis a literal previsão de norma contida na Lei 9.868/99⁵³:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

Segundo Barroso (2012, p. 238-239), o dispositivo em questão permite que o Supremo restrinja os efeitos da decisão, excluindo categorias de pessoas do seu alcance⁵⁴; não atribua efeito retroativo à sua decisão, fazendo-a incidir a partir do seu trânsito em julgado; ou fixe algum momento específico como marco inicial – passado ou futuro⁵⁵.

Assim, há maior espaço para decisões discricionárias por parte do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade⁵⁶. Conforme a conveniência do caso concreto, visando a atender à segurança jurídica e ao interesse social, a extensão dos efeitos das decisões pode ser *ex tunc*, *ex nunc* ou *pro futuro*. Ou seja, o citado dispositivo normativo aumentou a esfera de discricionariedade de atuação do STF para que ele pudesse atuar diante de uma realidade complexa, em que, às vezes, a boa-fé e a segurança jurídica do ordenamento devem ser relevadas diante de sua importância (AGRA, 2008, p. 149-150).

A questão principal e mais problemática, portanto, não é a de saber se o Poder Judiciário pode, ou não, mudar de orientação. Ele pode, sim, mudar, pois não há uma vinculação absoluta aos precedentes. Além disso, a mudança é inevitável, em razão das mudanças internas e externas ao ordenamento jurídico. A questão crucial, em vez disso, é a de saber como e com que

⁵² Acompanho nesse raciocínio Cunha Júnior (2007, p. 198), que acrescenta o argumento de que a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez.

⁵³ Aliás, não é demasiado lembrar que foi proposta na Assembleia Constituinte de 1986-88 regra semelhante, que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei declarada inconstitucional em sede abstrata haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. Tal proposta, no entanto, foi rejeitada (CUNHA JUNIOR, 2007, p. 198).

⁵⁴ Vide HC 82.959-SP.

⁵⁵ Vide MS 26.602-DF, MS 26.603-DF, MS 26.604-DF e ADIn 875-DF

⁵⁶ A argumentação para a introdução de maior discricionariedade nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foi o de possibilitar ao Supremo Tribunal Federal fazer frente a determinadas situações que não se adequavam à regra de efeitos *ex tunc*, fazendo com que, em alguns casos, o Tribunal preferisse declarar a constitucionalidade de leis flagrantes inconstitucionais em virtude da segurança jurídica, ao invés de declará-las inconstitucionais e correr o risco de gerar caos social (AGRA, 2008, p. 150-51).

efeitos ele deve fazê-lo. Uma coisa é o aperfeiçoamento do Direito pela mudança jurisprudencial; outra, a sua aplicação retroativa (ÁVILA, 2012, p. 481).

Sobre a técnica ou instituto da modulação dos efeitos, Bonavides (2001, p. 307-309), amparado na doutrina e jurisprudência alemã, explica que é o princípio da segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora incompatíveis com a constituição, possam existir, ter existido ou ter eficácia de transição, levando-se em conta que a supressão da norma por declaração de nulidade (efeito *ex tunc*) produziria uma situação que aos julgadores se afiguraria mais inconstitucional do que aquela provada pela conservação temporária da validade da lei declarada “apenas” inconstitucional.

A jurisprudência constitucional tende, pois, a criar um espaço de tempo (modulação temporal dos efeitos da decisão) que assegure a sobrevivência da lei declarada inconstitucional, de tal sorte que o legislador (e o cidadão – jurisdicionado) tenha tempo de tomar a decisão constitucionalmente mais adequada (BONAVIDES, 2001, p. 308).

De outro prisma, não se pode olvidar que o efeito prospectivo das regras de direito é princípio geral adotado pela maioria dos sistemas jurídicos. E não poderia ser diferente. A irretroatividade é atributo essencial do ato normativo, de forma a que as normas jurídicas não retrocedam a situações pretéritas e consumadas antes da sua edição e entrada em vigor. Trata-se de exigência da segurança jurídica e da proteção da confiança alçada em garantia supralegal por muitos diplomas constitucionais e pelas declarações internacionais.

Neste trabalho interessa bastante analisar a (in)compatibilidade da manutenção de norma inconstitucional em razão da segurança jurídica e/ou proteção da confiança dos cidadãos.

Ora, quando o Tribunal deixa de examinar se havia aparência de constitucionalidade no momento da prática de ato posteriormente havido como inconstitucional, corre o risco de manter a eficácia de atos que foram praticados sabidamente contra a Constituição. Ao fazê-lo, o Tribunal está encorajando a prática futura de novas inconstitucionalidades. Preserva a segurança jurídica no passado, incentivando a insegurança jurídica em maior medida no futuro (ÁVILA, 2012, p. 546).

É importante ter em conta, sempre, que, se é verdade que a decisão de manter efeitos de atos inválidos tem a finalidade de evitar efeitos negativos para a segurança jurídica, a própria decisão de manter tais efeitos também pode provocar os mesmos efeitos negativos (ÁVILA, 2012, p. 546).

Com efeito, como bem coloca Ávila (2012, p. 546), “*a manutenção de efeitos para atos contrários ao Direito igualmente produz efeitos que se contrapõem aos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica*”, podendo “*estimular o descumprimento dos contratos e a falta de manutenção da palavra, aumentar a incerteza com relação ao cumprimento de leis e contratos, encorajar práticas econômicas inaceitáveis*”, podendo ainda “*aumentar a ineficiência econômica, entre outros fatores*”.

Daí não ser tão simples, assim, a tarefa de compatibilizar segurança jurídica e modulação dos efeitos das decisões.

Com isso, quero afirmar apenas que a decisão de manter efeitos de atos inválidos com base no princípio da segurança jurídica deve analisar todos os efeitos decorrentes da inversão da consequência normal pelo descumprimento de tais normas (ÁVILA, 2012, p. 546).

Na lição de Ávila (2012, p. 546-547):

a mesma segurança jurídica que pode ser usada para manter leis contrárias à Constituição com a finalidade de proteger a confiança de alguns que confiaram na validade de leis cuja constitucionalidade era presumida também pode ser utilizada com o fim de proteger a confiança de outros que confiaram na aplicação da consequência prevista para o descumprimento das leis contrárias à Constituição; a mesma segurança jurídica que pode ser utilizada para manter contratos inválidos com o objetivo de preservar a boa-fé das partes que atuaram acreditando na sua validade também pode ser usada com o fim de proteger a confiança das partes que confiaram na aplicação das consequências previstas para os casos de invalidade.

Assim sendo, a manutenção de atos ou de efeitos de atos inválidos com base na segurança jurídica é ambígua – as decisões judiciais não podem simplesmente utilizar a segurança jurídica sem defini-la e sem analisar todos os efeitos que lhe digam respeito. O uso da segurança jurídica como fundamento decisório sem a sua definição e sem a delimitação dos tipos e da extensão de todos os efeitos é incompatível com o princípio do Estado de Direito e, por mais paradoxal que isso possa parecer, com o próprio princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2012, p. 547).

O que defendo, pois, é sempre a fundamentação racional, a coerência e a consequente previsibilidade da utilização desse fundamento como razão para a modulação – fato que não tem acontecido no Supremo Tribunal Federal.

E, nessa esteira, seguindo a doutrina de Ávila (2012, p. 547), posso resumir que as hipóteses que podem ser consideradas como situações excepcionais são aquelas em que: 1) o afastamento dos efeitos pretéritos efetivamente causaria instabilidade institucional; 2) a

manutenção dos referidos efeitos não prejudicava o cidadão, antes o favorecia; e 3) a manutenção dos efeitos passados, pela anormalidade da situação e pela espécie de modulação feita, não constituirá incentivo à prática futura de atos inconstitucionais⁵⁷.

Diante desses argumentos, para a modificação dos efeitos das decisões para *ex nunc* ou *pro futuro*⁵⁸, mesmo com a obtenção do quórum de dois terços, deve-se observar se os critérios de segurança jurídica ou de interesse social relevante amparam a decisão. Para isso, uma análise atenta dos fatos mostra-se imprescindível, verificando se há adequação para sua aplicação. A declaração de efeitos *ex tunc* apenas pode ser modificada se diante do caso concreto for evidenciada a situação de atentado à segurança jurídica ou interesse social (AGRA, 2008, p. 150).

Sob esse aspecto, é de bom alvitre evitar que a alteração de um posicionamento firmado há tempo pelos Tribunais venha a prejudicar o cidadão – jurisdicionado que, confiante na consolidação da jurisprudência, ingressou no Judiciário para ter reconhecido direito que tinha por certo. Nada mais justo, sob a ótica do princípio constitucional da segurança jurídica. Todavia, temos um problema quando o Supremo altera jurisprudência de outros tribunais como veremos adiante.

⁵⁷ No terceiro capítulo, analisarei no caso concreto como o STF errou no caso de uma superação de jurisprudência sumulada pelo STJ.

⁵⁸ Quanto aos efeitos *pro futuro*, convém registrar a posição minoritária de Cunha Júnior (2007, p.198), segundo a qual relativamente à modulação da eficácia temporal, o Supremo Tribunal Federal só pode deliberar que a decisão só opere efeitos a partir de outro momento que deve se situar, segundo o autor, dentro do lapso compreendido entre a entrada em vigor da norma impugnada e o trânsito em julgado da decisão que a declarou inconstitucional. Destarte, o doutrinador não compartilha da posição majoritária, que vislumbra no art. 27 ora em comento a possibilidade de *deferimento* da eficácia constitutiva da decisão do Supremo Tribunal Federal. Segundo Cunha Júnior, tal posição é tanto mais inaceitável quando se percebe que inexistente qualquer prazo para a manutenção da lei ou ato normativo declarado inconstitucional para além do trânsito em julgado da decisão. Na Áustria, salienta o autor, há previsão constitucional expressa (art. 14, seção 3ª) desse deferimento, sujeito, contudo, a prazo não superior a um ano, circunstância que inibe, decerto, a ocorrência de abusos.

3 O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA CONFIANÇA DO CIDADÃO NAS AÇÕES GOVERNAMENTAIS COMO LIMITE À MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA

3.1 Segurança Jurídica e Confiança do Cidadão

O homem necessita de “segurança” para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da “segurança jurídica” e da “proteção da confiança” como elementos constitutivos do Estado e direito (CANOTILHO, 2003, p. 257).

A noção mais estrita da segurança jurídica segue o sentido de que a esta coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica se encontra umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 443).

Não é sem razão que já citei Kelsen (2007, p. 240) quando o mesmo defendeu que “*a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder*”, sendo que “*garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados*”.

Ferreira Filho (2010, p. 177) elegeu o art. 30 da Declaração dos Direitos adotada pelo Estado de Massachusetss, em 1779, como guardador da essência do Estado de Direito, que é “*o governo de leis e não de homens*”. Nessa definição, os valores da justiça e segurança se entrelaçam, e resultam num ideal: “*um governo que se exerça por regras fixas e conhecidas, obedecendo à Justiça*”.

Na mesma linha, Miranda (2008, p. 272) explica que é presente em qualquer regime jurídico, seja um Estado de Direito ou não, a busca pela segurança jurídica.

Bandeira de Mello (2004, p. 112) entende que a segurança jurídica “*não pode ser radicada em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio direito, notadamente um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo*”.

Sarlet (2012, p.442), por sua vez, acentua que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito

do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido – um Estado à segurança jurídica, já que, do contrário, também o ‘governo das leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidade.

Apesar dessas disparidades, Barboza (2014, p. 236) aduz que o princípio da segurança jurídica, que pode ser deduzido de nossa Constituição, busca restringir a atuação estatal, que tem seus limites fixados na própria Constituição e legislação infraconstitucional, de forma a se garantir a estabilidade e a paz social. Ou seja, a supremacia da Constituição Federal vai funcionar como único meio de assegurar aos cidadãos a certeza da tutela da segurança e da justiça como valores máximos da organização da sociedade.

No presente trabalho, utilizo a segurança jurídica (e a confiança dos cidadãos nas ações do Estado) na qualidade de norma jurídica da espécie “princípio”, isto é, como prescrição, dirigida aos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, que determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade. Trata-se, então, de um conceito normativo de segurança jurídica que conota determinadas propriedades (estados de coisas realizáveis em vários graus) cuja subsistência depende da implementação de determinadas condições jurídicas (ÁVILA, 2012, p. 118).

A segurança, sob essa perspectiva, é, pois, princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu preâmbulo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

A segurança e a confiança do cidadão (de forma implícita) ainda estão previstas no *caput* do art. 5º da Carta de 1988, como direitos fundamentais dos cidadãos. Do mesmo modo, o inciso XXVI do art. 5º estabelece que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

A certeza do direito e a segurança jurídica fazem parte da própria construção do Estado Constitucional liberal, que vincula as funções do Estado às leis para proteção da liberdade e da economia (CANOTILHO, 2003, p. 105).

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica busca propagar o sentimento de previsibilidade em relação aos efeitos jurídicos da regulação das condutas no seio da sociedade; tal sentimento intenta tranquilizar os cidadãos, permitindo que eles possam programar ações futuras, “*cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza*” (CARVALHO, 2004, p. 149).

Logo, em que pese ser de certo modo inalcançável a segurança jurídica, o que se pretende, na verdade, é reduzir a insegurança jurídica a índices aceitáveis (BARBOZA, 2014, p. 137).

Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal modo que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Dessa forma, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta as diversas manifestações deste princípio nos diferentes documentos supranacionais (SARLET, 2012, p. 443).

Essa segurança jurídica conduz à proteção da confiança, que é a segurança que todos têm direito a sentir em relação aos atos públicos, aos atos do Poder político, de onde o *mínimo* que se espera é boa-fé, moralidade e probidade. Além disso, a realização de todos os direitos fundamentais pelo Estado é condição para que se alcance segurança e certeza do direito, indispensáveis para que haja justiça (CARACILLO, 2012, p. 127).

Através da segurança jurídica, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, deve-se assegurar certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo Poder Público, de forma a assegurar a estabilidade entre as relações jurídicas e coerência nas condutas estatais (MIRANDA, 2011, p. 222).

Observe-se que a segurança jurídica nas decisões judiciais só pode existir junto com o princípio da igualdade, pois não há que se falar em segurança jurídica quando se depara com decisões conflitantes sobre assuntos e fatos exatamente idênticos. Com efeito, não se pode olvidar que a igualdade é a base da segurança jurídica, assim como é a justiça, especialmente no que diz respeito à vinculação aos precedentes. O princípio da segurança jurídica presente no Estado

Democrático de Direito estabelecido na Carta Constitucional de 1988 exige que a norma – esteja prevista ou num texto legal ou abstraída de uma decisão – deva valer para todos, fazendo da igualdade outro atributo da segurança (BARBOZA, 2014, O. 237).

Rodriguez (2011, p. 41), por sua vez, lembra que, como todo conceito que envolve disputas ideológicas e distributivas, o sentido do termo segurança jurídica, a par do modelo institucional que pretenda efetivá-la, continuará em disputa pelas forças sociais. Diz ainda o autor que de forma especial a discussão sobre os contornos da dogmática institucional do Direito é central para dar ao problema novas feições, capazes de fazer frente aos problemas presentes.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, explica Canotilho (2003, p. 257), seguem estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica⁵⁹.

Em geral, considera-se que a segurança jurídica está relacionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com os componentes subjetivos da segurança, designadamente a previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. De outro prumo, ambos os princípios estão relacionados a elementos de variada ordem ligados, por exemplo, à boa-fé da pessoa afetada pela medida, a confiança depositada na inalterabilidade da situação e o decurso de tempo razoável.

Canotilho (2003, p. 257) adverte que estes princípios – segurança jurídica e a proteção de confiança dos cidadãos – exigem, no fundo: 1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; 2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Daí porque é correto afirmar que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder.

Na mesma passagem, Canotilho prossegue afirmando que o princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo, que abrange a ideia de proteção da confiança, pode ser formulado do seguinte modo: o indivíduo tem do direito o poder de confiar que os atos e as

⁵⁹ Mendes (2014, p. 394), por sua vez, ainda recorda que “*a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material*”.

decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas, são alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas. Além disso, necessariamente, esses atos jurídicos devem ter sido editados pelas autoridades competentes.

Parece evidente, pois, que o direito à segurança jurídica, por sua vez, constitui apenas uma das dimensões de um direito geral à segurança⁶⁰, já que este, para além da segurança jurídica, abrange um direito à segurança pessoal e social, mas, também, um direito à proteção (por meio de prestações normativas e materiais) contra atos – do poder público e de outros particulares – violadores dos diversos direitos pessoais (SARLET, 2012, p. 443).

Logo, ação governamental e segurança jurídica precisam de cuidados, pois qualquer uma se privilegiada em prejuízo da outra poderá causar sérios problemas à sociedade.

A segurança jurídica postula, portanto, o princípio da precisão ou determinabilidade dos atos normativos, ou seja, a conformação material e formal dos atos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva, se fala de *princípios jurídicos de normação jurídica* concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica e, conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de Direito (CANOTILHO, 2003, p. 258).

Aliás, no âmbito jurídico, em geral, a ideia de se estabelecerem parâmetros objetivos para controlar e/ou racionalizar a interpretação deriva do princípio da segurança jurídica, posto que este está comprometido com o seguinte problema: será que os aplicadores do direito, em razão da abertura e da riqueza semântica dos enunciados normativos, podem atribuir-lhes qualquer significado, à revelia dos cânones hermenêuticos e do comum sentimento de justiça? A resposta aparentemente é negativa, porquanto, em sentido oposto, é correto afirmar que algumas práticas evidentemente favorecem a segurança jurídica, como, por exemplo, o fato de as leis e a decisões judiciais serem claras.

Canotilho (2003, p. 259-260) vai além e diz que a mudança ou alteração frequente das leis (ou das decisões judiciais) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas. O princípio do

⁶⁰ Tal constatação, segundo Sarlet (2012, p. 443) decorre tanto de uma série de previsões expressas e específicas no texto constitucional brasileiro (como, v. g., a formulação genérica adotada pelo nosso Constituinte no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988), quanto do reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária e que, pelo ângulo subjetivo, levou expressiva parte da doutrina a reconhecer a existência de correspondentes direitos à proteção.

estado de direito, densificado pelos princípios da segurança e da confiança jurídica, implica, por um lado, na qualidade de elemento objetivo da ordem jurídica, da durabilidade e permanência da própria ordem jurídica, da paz, jurídico-social e das situações jurídicas; por outro lado, como dimensão garantística jurídico-subjetiva dos cidadãos, legitima a confiança na permanência das respectivas situações jurídicas.

Surge daí a ideia de uma “certa medida de confiança” na atuação dos entes públicos dentro das leis vigentes e de uma “certa proteção” dos cidadãos no caso de mudança legal e jurisprudencial necessária para o desenvolvimento da atividade de poderes públicos.

Entretanto, adverte Canotilho, na mesma passagem, que uma absoluta proibição da retroatividade de normas jurídicas (e eu acrescento dos efeitos das decisões judiciais) impediria as instâncias legislativas e jurisdicionais de realizar novas exigências de justiça e de concretizar as ideias de ordenação social positivamente estabelecida na Constituição. E nem é isso que se estuda ou defende no presente trabalho. A mudança de entendimento de uma Corte, notadamente uma Corte que trata de matéria Constitucional é salutar, vale repetir⁶¹.

Na atual “sociedade de risco” cresce a necessidade de atos provisórios e de atos precários, inclusive atos judiciais, a fim de que a administração possa reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. Isto tem de se articular com a salvaguarda de outros princípios constitucionais, entre os quais se encontra a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé dos administrados e os direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 266).

A ponderação dos valores jurídicos da segurança e da confiança e da conformação atualizada e justa das relações jurídicas pelos poderes jurisdicionais democraticamente legitimados justifica apenas um melhor posicionamento acerca da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O que defendo, concordando com a doutrina de Canotilho, é que no plano do direito constitucional, o princípio da proteção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional (ou

⁶¹ Cabível e oportuno registrar o pensamento de Canotilho (2003, p. 260-261), segundo o qual “*alguns princípios, como o princípio da segurança jurídica e o princípio de confiança do cidadão, podem ser tópicos ou pontos de vista importantes para a questão da retroatividade, mas apenas na qualidade de princípios densificadores do princípio do estado de direito eles servem de pressuposto material à proibição da retroatividade das leis. Não é pela simples razão de o cidadão ter confiado na não-retroatividade das leis que a retroatividade é juridicamente inadmissível; mas o cidadão pode confiar na não-retroatividade quando ela se revelar ostensivamente inconstitucional perante certas normas ou princípios jurídico-constitucionais*”.

o órgão que desempenhe tal função) controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não *necessária e indispensável* uma disciplina transitória, ou se esta regulou, de forma *justa, adequada e proporcionada*, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova e pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor. E eu novamente acrescento: mudando o que deve ser mudado, isto se aplica às decisões judiciais.

Nesse contexto, é pertinente a lição de Canotilho (2003, p. 263) ao afirmar que é diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a uniformidade ou estabilidade da jurisprudência. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irreduzível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo à sua convicção e responsabilidade.

Ora, vale enfatizar que o princípio da segurança jurídica não é apenas um elemento essencial do princípio do estado de direito relativamente a atos normativos. As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: primeiro, que a estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica, 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; e, segundo, que a previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e previsibilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos e decisões judiciais (CANOTILHO, 2003, p. 263).

Ratifico, ainda, que decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, estão intimamente relacionados os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificariam a prática de respeito aos precedentes, quer sejam meramente interpretativos como nos países ligados à tradição do *civil law*, quer vinculantes como nos países de tradição do *common law* (BARBOZA, 2014, p. 237).

Dessa maneira, como adiante será defendido, em razão de entendimento equivocado do Supremo, não parece de todo incorreto afirmar que não se encontram no cenário político-jurídico brasileiro as características necessárias à segurança jurídica.

3.2 Segurança Jurídica e Previsibilidade das Decisões Judiciais: uma leitura a partir de Ronald Dworkin

Como já explicado, a segurança faz parte da vida humana, sendo necessária para que o ser humano possa planejar e conduzir sua vida e, justamente por esse motivo, Canotilho (2003, p. 257) afirma que o princípio da segurança jurídica é o elemento constitutivo do Estado de Direito.

Dworkin (2007, p. 176), por sua vez, afirma textualmente que:

As pessoas precisam de regras para viver e trabalhar juntas com eficiência, e precisam ser protegidas quando confiam em tais regras. Contudo, estimular e recompensar a confiança nem sempre são atitudes de importância decisiva; às vezes, é melhor que certas questões permaneçam sem regulamentação por convenção, para permitir o jogo de opiniões independentes, por parte dos juízes e do público quanto àquilo que os juízes poderão vir a decidir.

Logo, é correto afirmar que a segurança jurídica, embora nem sempre prevista expressamente em uma Lei ou Código, é esperada em qualquer ramo do direito e, também, nas decisões judiciais.

Nos sistemas de tradição do *civil law*, Barboza (2014, p. 234) ressalta que houve a preocupação de se garantir a segurança jurídica pela codificação do direito, buscando tornar o sistema completo e mais conhecido da população e com isso garantir a segurança e previsibilidade no direito. Além disso, os Códigos e sua pretensão de completude dariam a garantia de segurança, certeza e previsibilidade às relações jurídicas, na medida em que todas as respostas estariam expressas nos Códigos, o juiz estaria limitado a aplicar a lei, que já estava prevista e determinada.

Já nos sistemas de *common law*, explica a mesma autora, a busca da segurança jurídica não estava baseada na lei, ou na suposta completude do sistema, mas no sistema de precedentes judiciais, no qual, por meio de uma racionalidade se procurava garantir a coerência entre as decisões. Assim, nesse sistema, em que pese o juiz não se encontrar limitado pela lei, se

encontrava limitado pelos precedentes. Essa limitação imposta pela doutrina do *stare decisis* significa respeito aos precedentes; respeito este que engloba o ato de segui-los, distingui-los ou revogá-los. O que nunca se admitiu foi a possibilidade de ignorar as decisões anteriores que retratam a prática constitucional e a moralidade política da comunidade.

Aliás, nos sistemas de *common law*, nos quais sempre preponderou a ideia de *judge-made-law*, a primazia do Poder Judiciário é considerada um elemento de estabilidade que se traduz numa atividade de construção normativa voltada para a segurança jurídica, mesmo porque essa atividade sempre teve limites na doutrina do *stare decisis* (BARBOZA, 2014, p. 235).

Na segunda metade do século XX, com a revolução dos direitos humanos, o que se observou, todavia, foi uma grande mudança nos sistemas jurídicos. Diversos países adotaram constituições democráticas com catálogos de Direitos Fundamentais – como aconteceu no Brasil com a Constituição Federal de 1988 – ou incorporaram documentos internacionais para proteção dos direitos humanos. A mudança de sustentação nas estruturas jurídicas do sistema de *civil law* para dar primazia aos direitos humanos fundamentais altera substancialmente o papel de jurisdição constitucional na interpretação do direito, na medida em que não é possível uma definição *a priori* desses direitos. Ou seja, em que pese muitas vezes estarem expressos num documento escrito, não há como prever o resultado de sua interpretação no caso concreto⁶² (BARBOZA, 2014, p. 235).

Nesse contexto, também concordo com BARBOZA (2014, p. 236) quando a mesma afirma que na medida em que as normas que estabelecem direitos fundamentais, de conteúdo moral, exigem significação para seu conteúdo, o Judiciário acaba assumindo novo papel que implica decisões que reflitam a moralidade política da comunidade. A insegurança se dá na

⁶² Barboza (2014, p. 235) traz interessantes indagações a esse respeito. Como saber previamente, por exemplo, se será permitido o aborto para proteção dos direitos fundamentais à privacidade, igualdade e liberdade da mulher ou se este será proibido por violar o direito à vida do nascituro, ou ainda, como decidir casos difíceis que envolvem o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado de um lado e o direito fundamental ao desenvolvimento, ou se é necessário instituir políticas afirmativas no Parlamento para assegurar a igualdade entre homens e mulheres. E completa a autora na mesma passagem: “Enfim, o que se percebe é que esses direitos, por sua própria natureza, são abstratos e só terão significação no caso concreto. Tal abstração faz parte de direitos constitucionais em que se pretendeu um mínimo de consenso sobre sua positivação. Melhor explicando, embora não seja possível definir os limites e as consequências do direito à igualdade, é possível defender sua presença num documento constitucional como valor supremo a ser respeitado por todos. Assim acontece com a maioria dos direitos humanos e fundamentais, o consenso se dá no nível abstrato, mas não concreto, até porque o dissenso é da própria natureza humana”.

medida em que questões de conteúdo moral e político⁶³, sobre as quais não há consenso por parte da comunidade, acabam sendo decididas por um poder não eleito pela população.

Ademais, a insegurança jurídica também vem sendo sentida na medida em que os Tribunais brasileiros não se preocupam em garantir uma coerência às suas decisões, nem em respeitar os precedentes dos Tribunais Superiores – problema que será discutido no final deste trabalho.

No Brasil, a falta de uma definição clara a respeito da vinculação dos Tribunais inferiores aos precedentes dos Tribunais superiores, em total afronta aos princípios da igualdade, previsibilidade, segurança e estabilidade jurídica, causa o aumento da litigiosidade desnecessária no âmbito dos Tribunais Superiores (BARBOZA, 2014, p. 237).

Marinoni (2010, p. 97-98) ressalta o comum desrespeito dos Tribunais Federais e Estaduais aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a quem a Constituição dá a função de intérprete último do direito federal, uma vez que, na prática, referidos Tribunais “*não apenas se sentem autorizados a desconsiderar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como, ainda, não justificam as razões pelas quais deixam de aplicá-los*”.

Esse desrespeito aos precedentes judiciais é confortavelmente apoiado pela doutrina do *civil law*, que compreende que não há direito do cidadão à uniformidade ou estabilidade das decisões judiciais.

Barboza (2014, p. 238), no entanto, entende equivocado e ultrapassado esse entendimento que adapta o princípio da segurança jurídica às práticas “consolidadas”, como se um princípio constitucional devesse ser lido à luz da tradição do *civil law*, na qual a segurança jurídica era supostamente alcançada por limitar o juiz a dizer as palavras da lei. Pensar desse modo seria o mesmo que dizer que o princípio da segurança jurídica só irradia seus efeitos a

⁶³ Simioni (2009b, p. 330-331) explica que obviamente há relações de interdependência entre política e direito, “*afinal, a aplicação das decisões judiciais depende dos aparatos políticos organizados pelo Estado. E ao mesmo tempo, a pretensão de vinculação coletiva das decisões políticas depende da concentração do poder mediante a sua legitimação jurídica*”. Portanto, defende o autor que política e direito se referem “*à comunicação de expectativas comportamentais. Ambos têm como problema de referência a correspondência entre uma ação de alter e uma ação de ego. Mas cada um produz modos diversos de solução para esse mesmo problema de referência: a política produz vinculação; o direito generaliza simbolicamente essa vinculação na forma de expectativas comportamentais. E, precisamente, essa combinação da comunicação política com a comunicação jurídica possibilita à política produzir decisões coletivamente vinculantes, ao mesmo tempo em que possibilita para o direito a produção de expectativas normativas simbolicamente generalizadas*”.

alguns órgãos do Poder Público. Ademais, no *common law* também há limitação da atuação do juiz, mas essa se dá justamente pela doutrina do *stare decisis*⁶⁴.

Não é correta, pois, a afirmativa de que no sistema da *civil law* há mais segurança jurídica porque há a prevalência da lei. Em verdade, mesmo na *civil law*, a existência de normas, ainda que fechadas, na significa definitivamente a existência de segurança jurídica. Neste ponto, é pertinente trazer uma provocação sobre a relação das normas codificadas com a segurança jurídica. Rodriguez (2010, p. 13) defende que a depender do objeto regulado, uma norma jurídica aberta pode produzir *mais* segurança jurídica do que uma norma jurídica fechada. Não há uma relação necessária entre normas fechadas e segurança jurídica.

Rodriguez (2010, p. 14) chega a afirmar que:

Em diplomas legislativos muito detalhados, que contam com regras específicas para uma diversidade muito grande de situações, é quase sempre possível justificar toda sorte de atitude com fundamento em uma norma jurídica fechada qualquer. Desta maneira, o efeito da regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador e este efeito paradoxal compromete a segurança jurídica.

Pois bem, é nessa senda que a utilização de uma teoria do *stare decisis* ganha peso na medida em que as decisões anteriores pertencem a um corpo histórico de fundamentação (*reasoning*), que devem servir de inspiração para futuras reflexões. Além de garantir a igualdade, a segurança e confiança jurídica e a uniformidade do direito, é possível defender que a doutrina do *stare decisis* ainda tem as virtudes de promover a estabilidade, a previsibilidade e a eficiência do sistema jurídico. Ao mesmo tempo limita o âmbito de discricionariedade judicial e melhora a aparência de integridade do processo judicial (BARBOZA, 2014, p. 242).

No que se refere à atividade jurisdicional, seria no Tribunal o local adequado para promover este tipo de debate tendo em vista a padronização da interpretação das normas jurídicas. Sua atividade poderia incluir a formalização da fundamentação das decisões, além da

⁶⁴ A certeza e a segurança jurídica também existem e são desejadas nos sistemas de tradição da *common law*; não obstante, existem três diferenças básicas entre as presentes nos sistemas de *civil law*, segundo Barboza (2014, p. 239-240), a saber: 1) no *common law*, a certeza e segurança jurídica têm um papel muito mais funcional, não possuindo a posição de dogma como nos sistemas romano-germânicos; 2) no *common law* tem-se segurança jurídica dando-se força de lei às decisões judiciais, algo que era proibido pela tradição do *civil law*; e 3) a igualdade é base da segurança jurídica, assim como é a justiça, logo não é possível mais aceitar a ideia de que a segurança jurídica consiste apenas na coisa julgada ou imutabilidade das decisões judiciais, ou que a segurança jurídica estaria na lei e em sua aplicação pelo julgador. É preciso também que o princípio da igualdade, como atributo da segurança jurídica, prevaleça nos tribunais no sentido de que casos semelhantes sejam tratados de modo semelhante (*treat like cases alike*).

edição de súmulas e enunciados, que padronizam apenas os resultados de determinado tipo de demanda (RODRIGUEZ, 2010, p. 16).

É, pois, nesse contexto, que optei por utilizar no trabalho a visão de Ronald Dworkin⁶⁵. Compartilhando da visão do autor norte-americano, acredito que para a garantia da segurança jurídica, notadamente nos casos difíceis que envolvem questões de moralidade política relacionadas aos direitos fundamentais, como a união homoafetiva ou o aborto, o STF deve, mesmo que esteja enfrentando o tema pela primeira vez, olhar para o que já foi construído a respeito dos direitos envolvidos, e a partir da construção histórica, moral, social e jurisprudencial do direito, enfrentar e fundamentar sua nova decisão⁶⁶.

A segurança e a estabilidade que se propõem não estarão, necessariamente, na certeza ou na previsibilidade da decisão em si, em se saber o que vai ser julgado, mas na certeza de que os Ministros julgarão de acordo com a integridade, ou seja, comprometidos a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres que as pessoas têm, o que é possível pela adoção da doutrina do *stare decisis*. Ou seja, a vinculação dos tribunais ao passado significa que podem aplicar um precedente, revogá-lo ou distingui-lo, mas nunca ignorá-lo⁶⁷ (BARBOZA, 2014, p. 246).

Acerca da teoria de Dworkin sobre o assunto, Habermas (1997, p. 252) afirma que:

A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática da decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões “corretas” cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios.

⁶⁵ Que será analisada a partir de várias obras do autor.

⁶⁶ Na doutrina pátria, Cf. Barboza (2014, p. 246 e ss) que compartilha da mesma opinião.

⁶⁷ Rodriguez (2010, p. 16-17) aduz que “*seja como for, toda esta discussão sugere que o problema da segurança jurídica não se resolve apenas com o texto da lei. É preciso levar em conta o processo de aplicação e levar em conta a fundamentação das decisões judiciais na discussão sobre segurança jurídica, o que significa, em outras palavras, sair de um paradigma textualista para entrar num paradigma argumentativo*”. No que eu acrescento com base em Dworkin: paradigma argumentativo, com lógica racional e estruturada, e com respeito às decisões do passado e às decisões já sedimentadas por outros tribunais.

Nessa dimensão, distinguir ou, principalmente, revogar um precedente é parte integrante da busca da integridade na decisão, porque está ligado à ideia de que o que foi decidido no passado é importante para o que se deve decidir agora. Daí a importância e o fundamento do último capítulo deste trabalho, que defenderá a modulação dos efeitos das decisões da Suprema Corte em casos de revogação de precedentes, ainda que de Cortes Superiores infraconstitucionais.

3.2.1 Os precedentes judiciais e o Direito como integridade na ótica de Ronald Dworkin

Adoto como marco teórico e pretendo demonstrar que a teoria desenvolvida por Dworkin é a que melhor justifica o respeito aos precedentes judiciais, ainda que esteja relacionada de forma mais próxima com a *common law*⁶⁸.

O pensamento de Dworkin está fundamentado na sua própria ideia de Constituição e tem a pretensão de “*desenvolver uma teoria do direito e da interpretação do direito assentada na questão moral, numa clara tentativa de avanço com relação à concepção restrita e asséptica própria do positivismo jurídico*” (HENNIG, 2004, p. 35). É o que Dworkin chama de “*leitura moral da Constituição*”, que compõe uma união indissolúvel entre o direito e a moral, vez que o ordenamento estaria além das normas postas, englobando, também, os valores e princípios constitucionais.

Para Dworkin, a Constituição tem força vinculante, que guarda em si a conservação do Estado Democrático de direito e dos direitos e garantias fundamentais, historicamente garantidos. Assim, a Constituição deve ser vista para o futuro e como a guardiã daqueles direitos até ali conquistados, visto que “*é a explicitação do contrato social, assumindo um caráter discursivo, enquanto produto de um processo constituinte*” (HOMMERDING, 2006, p. 19).

⁶⁸ Nesse diapasão, o próprio Dworkin (2006, p. 355) assume que o método jurídico que sua “teoria do direito como integridade” melhor descreve é, de fato, o método tradicional do *common law*: “*Como os juízes devem raciocinar nos casos difíceis? [...] nos termos da combinação simples de positivismo e utilitarismo que descrevi, os juízes devem introduzir novas formas de julgamento para preencher as lacunas do direito, mas a combinação determina o caráter desse raciocínio judicial ao sustentar que os juízes devem tentar fazer o que o Legislativo teria feito. O interpretacionismo, assim como outras teorias jurídicas, também pressupõe que os juízes inovem em seus julgamentos de moralidade política nos casos difíceis, orientando-os a buscar um equilíbrio interpretativo entre o conjunto de decisões legislativas e judiciais que representam a estrutura jurídica e os princípios gerais que parecem constituir a melhor maneira de justificar essa estrutura. Como afirmei em outro livro, esse é, na verdade, o método tradicional do common law*”.

Deste modo, para a ideia de democracia de Dworkin, não é suficiente que a decisão seja tomada pela maioria; é preciso que essa decisão democrática não tolha as liberdades e garantias da minoria. “*Em suma, não há uma conexão necessária entre democracia e princípio majoritário, porque a garantia dos direitos através do judiciário reforça o conteúdo democrático do sistema constitucional*” (HOMMERDING, 2006, p. 19).

Bem, apesar de não relacionada de forma direta com a tradição adotada no Brasil, ainda assim, apontarei os elementos de proximidade entre o método do *common law* e a teoria do direito como integridade de Dworkin, para defender que este é o método mais adequado a garantir a realização da segurança jurídica, da estabilidade das relações sociais e da proteção da equidade⁶⁹.

A proximidade da teoria do “direito como integridade” de Dworkin ao método do *common law* pode ser verificada quando o autor fala de um direito como integridade formado por uma comunidade de princípios, que vai além do texto escrito da Constituição. Também pode ser verificada quando o autor fala dos precedentes judiciais como prática constitucional, bem como quando defende a ideia de um romance em cadeia, como se cada juiz, ao julgar, estivesse escrevendo o capítulo de um romance em cadeia.

Em outras palavras, Dworkin defende que o juiz, ao julgar, assim o faça como se estivesse escrevendo o capítulo de um romance, devendo para tanto partir do capítulo anterior, para poder avançar, pois de outra maneira o leitor (o jurisdicionado, no caso do direito) não conseguiria entender ou aceitar os fatos narrados (ou as decisões proferidas, no caso do direito).

A ideia do “direito como integridade” também pode ser comparada à doutrina da responsabilidade política a que estariam sujeitos os juízes, desenvolvida por Dworkin em “Levando os direitos a sério” (2010, p. 127 e ss.).

Referida doutrina “*condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas*” (DWORKIN, 2010, p. 137). E afirma que, no caso dos princípios, a doutrina “*insiste na aplicação da consistência distributiva a todos os casos, pois não admite a ideia de uma estratégia que possa ser mais bem servida pela distribuição desigual do benefício em questão*” (DWORKIN, 2010, p. 138).

⁶⁹ Concordo, pois, com a posição adotada por Barboza (2014, p. 247 e ss.).

Não se trata apenas de coerência apenas com a decisão judicial precedente, mas coerência com os princípios que a fundamentaram. Isto é, inobstante não ser necessária uma obediência estrita ao passado, a coerência com o conjunto de princípios que representa a moralidade política da comunidade implicará que todos sejam tratados com igual consideração e respeito nas decisões.

De fato, como ressalta Günther (2011, p. 272), o princípio da integridade obriga, também, no caso da aplicação jurídica, a que se tratem todos os membros da comunidade política com igual respeito, à medida que coloca cada decisão sob o pleito de compatibilidade com a melhor das interpretações.

Isso é o que Dworkin chama de “força gravitacional” dos precedentes. A “força gravitacional” do precedente justamente ampliará sua força para além dos novos casos que “*se situam fora de sua órbita particular*” (DWORKIN, 2010, p. 174). Ou seja, não é apenas a *ratio decidendi* que irá vincular os casos futuros, mas os princípios que a embasaram. Dessa feita, o juiz deverá “*limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões*” (DWORKIN, 2010, p. 177).

Dessa maneira, só terão força gravitacional as decisões baseadas em princípios. As decisões utilitaristas, que se baseiam em argumentos de política não terão qualquer força gravitacional (DWORKIN, 2010, p. 172).

Dworkin argumenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga o juiz a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva e, por isso, também não podem ser identificados inequivocamente por meio de uma regra de reconhecimento (GÜNTHER, 2011, p. 268).

Esses direitos – dentre os quais o fundamental consiste no de igual consideração e respeito a cada indivíduo, em todas as decisões políticas – podem tornar-se relevantes em casos difíceis. Eles precisam ser descobertos e destacados por meio de um sentido de adequação. Argumentos principiológicos se distinguem de regras por poderem ser sopesados entre si apenas na dimensão de ponderação, sem perder a sua validade, enquanto regras só podem ser aplicadas na forma de uma decisão de tudo ou nada⁷⁰ (GÜNTHER, 2011, p. 268).

⁷⁰ Acerca da distinção entre princípios e regras para Dworkin, Braithwaite (2002, p. 5) explica de maneira concisa: *Ronald Dworkin sees rules as “applicable in an all-or – nothing fashion” when they are crafted to exhaustively include all of their exceptions: ‘If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision’.* Dworkin,

De outro modo, é possível afirmar, que em seu sentido formal, o discurso da razão do *common law* é apenas um método ou técnica da razão que produz respostas a questões do direito altamente técnicas ou moralmente questionáveis. Mas a igualdade da razão (*equality of reason*) que define essa técnica implica um conteúdo moral também limitado. A técnica formal da razão do *common law* promove, segundo Dworkin, o valor da integridade, de tratar os indivíduos com igual respeito e consideração, o que na prática judicial dos precedentes é possível por meio do *treat like cases alike* (BARBOZA, 2014, p. 249).

Porém, na realidade, a equidade que se pretende nas decisões é mais ampla que o princípio do *treat like cases alike*, pois não significa apenas tomar decisões semelhantes em casos semelhantes, mas adotar os mesmos princípios que fundamentaram decisões semelhantes (BARBOZA, 2014, p. 250).

É válido ressaltar, nesse contexto, conforme alerta Günther (2011, p. 270), que Dworkin não utiliza este ideal da integridade como uma regra semântica que aplica consistentemente uma norma singular em casos iguais, mas no sentido de um conceito de relacionamento que exige obrigatoriamente a compatibilidade de uma decisão com virtualmente todos os princípios.

Na visão de Dworkin, a verdade aparece de nossos esforços internos em apresentar justificativas coerentes para convicções que sustentamos ou para os casos paradigmas que aceitamos, e que não obstante nós possamos iniciar com convicções ou casos particulares e ir em direção a explicações gerais, a demanda de coerência ou integridade requer uma oscilação entre concepções concretas e abstratas até que se alcance o equilíbrio devido (BARBOZA, 2014, p. 250).

in contrast, sees legal principles, as not setting out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met. A principle states a reason that argues in one direction, but it does not prescribe a particular decision. Because principles have less specificity in this way, unlike rules principles can conflict. Decision makers assigning weights to principles resolve such conflicts: "it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is". * Tradução livre do autor: Ronald Dworkin vê as regras na fórmula do "tudo-ou-nada", quando eles são criados para incluir exaustivamente todas as suas exceções: "Se os fatos que uma regra estipula são dados, então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão". Dworkin, ao contrário, vê os princípios legais, não estabelecendo consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando estiverem reunidas as condições previstas. O princípio estabelece uma razão que argumenta em uma direção, mas não prescreve uma determinada decisão. Porque princípios têm menos especificidade e, desta forma, ao contrário dos princípios, regras podem entrar em conflito. Os juízes resolvem os aparentes conflitos entre princípios atribuindo pesos aos mesmos: "é uma parte integrante do conceito de um princípio que ele tem essa dimensão, que não faz sentido perguntar o quanto importante ou qual é seu peso".

Dworkin (2010, p. 155) afirma que a verdade sobre o que é justo (ou moral ou legal) é obtida através de um processo de reflexão que oscila entre a consideração de crenças ou convicções sobre determinados exemplos ou casos paradigmas da justiça (ou a moralidade ou legalidade) e uma estrutura teórica geral que mostra que essas crenças constituem um corpo unificado e justificável de convicções, com a expectativa de que ambas, as crenças particulares e teoria geral, serão refinadas até que um ponto de equilíbrio satisfatório seja alcançado. A estrutura teórica resultante não só explica e justifica as determinações existentes, mas fornece respostas em relação ao ponto de controvérsia ainda não determinada.

No “direito como integridade”, o método é aquele no qual os juízes nos casos difíceis estendem ao povo atual os direitos que estavam implícitos na teoria de moralidade política que melhor justifica o reconhecimento de direitos nas relevantes decisões judiciais do passado. Fazendo um paralelo, é possível, num constitucionalismo do *common law*, que esses direitos implícitos estejam presentes numa Constituição do *common law*, prévia e que fundamenta a própria Constituição (BARBOZA, 2014, p. 251).

Essa proximidade ao método do *common law* pode ser justificada inclusive porque Dworkin constrói sua teoria observando a prática judicial norte-americana, resgatando “*o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política*” (CHUEIRI, 2009, p. 46). O autor deixa claro que a aplicação do direito pelos juízes não é neutra ou apolítica, nem “*estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem*” (CHUEIRI, 2009, p. 46).

Dworkin (2007, p. 9) afirma ser “*inquestionável que os juízes ‘criam novo direito’ toda vez que decidem um caso importante. Anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição*”.

Entretanto, essas “novas” formulações jurídicas são como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Ou seja, as novas formulações representam a correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que não tenha sido reconhecido anteriormente (DWORKIN, 2007, p. 9).

Assim sendo, não se trata de discricionariedade como no convencionalismo ou no positivismo em que o juiz “cria” o novo direito em caso de lacunas, mas de interpretação do

melhor direito como integridade que representa a moralidade política de uma comunidade (DWORKIN, 2007, p. 271).

A comunidade política deve agir de modo “íntegro”, tal como o esperamos e uma alteridade concretamente possível em relação a nós, mesmo quando não concordamos com as suas respectivas opiniões a respeito do conteúdo da justiça ou equidade. Com isso, esperamos tratamento segundo um conjunto de princípios simples e coerentes, através do qual o outro conduza a sua vida, e, excluímos, de caso em caso, decisões arbitrárias ou meros caprichos (GÜNTHER, 2011, p. 270).

Dworkin, nesse sentido, refuta a concepção positivista que nos casos nos quais inexistente a incidência de uma regra expressa, o magistrado estaria autorizado, por meio de um poder discricionário, a criar um direito novo e aplicá-lo retroativamente ao caso⁷¹. Quando ele critica o modelo de regras, significa que este modelo não dá mais conta de complexidade da sociedade atual.

Chueiri (2009, p. 46) explica que esse processo de criação é distinto do positivismo, o qual atribui aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação. Nessa perspectiva, devem os juízes construir o direito de forma coerente, da melhor maneira possível a adequá-lo, não só às decisões do passado, mas também ao presente e ao futuro.

É possível afirmar, portanto, que uma vez que a Constituição supera o modelo de regras, naquilo que se tem, aparentemente, como um modelo de regras, tem-se por trás um princípio. Dessa forma, o direito como integridade gera o alicerce necessário para um modelo de princípios (BARBOZA, 2014, p. 252).

O ideal da integridade não diz respeito aos direitos individuais, nem aos argumentos principiológicos que representam. Antes, refere-se ao modo como uma comunidade política lida com eles na legislação e na jurisprudência. Isso ocorre porque os direitos não podem ser aplicados isoladamente, tampouco podem ser restritos a um círculo de pessoas privilegiadas – eles exigem, em cada decisão, um exame coerente (GÜNTHER, 2011, p. 270).

⁷¹ No mesmo sentido, Cf. Barboza (2014, p. 251).

Segundo Rodriguez (2010, p. 20), poder-se-ia argumentar que a existência de respostas variadas aos problemas jurídicos seria uma ameaça ao princípio da igualdade, comprometendo a legitimidade do direito e do Poder Judiciário. De outra forma: apresentar diversas decisões como igualmente plausíveis para um mesmo caso concreto pode levar os interessados e a sociedade a imaginar que os organismos jurisdicionais escolhem a solução de forma subjetiva e contingente, o que enfraqueceria a legitimidade do princípio da decisão conforme o melhor argumento e, portanto, a legitimidade do direito.

O autor, contudo, não concorda com essa visão (RODRIGUEZ, 2010, p. 20). Ao contrário, acredita que se trata de elementos complementares no processo de legitimação e eficácia do direito. De fato, o sistema jurídico precisa oferecer respostas para os conflitos que lhe são apresentados e o faz por meio de órgãos jurisdicionais que se utilizam da racionalidade dogmática, ou seja, que argumentam em nome da melhor solução dogmática para o caso concreto. Quem argumenta investido do poder de decidir fala em nome de uma única solução e, necessariamente, apresenta as outras como piores do que a sua.

Esta forma de argumentar pode, portanto, ter um efeito de verdade com consequências indesejáveis. Argumenta-se em nome da melhor solução e investido de poder, o que pode resultar numa solução que, aparentemente, revestida de autoridade e falando em nome do direito, seria inquestionável para todo o sempre. Evidentemente, este é um efeito até certo ponto desejado, pois é preciso oferecer uma resposta aos conflitos apresentados aos tribunais, pois eles são justamente dotados de poder para fazê-lo (RODRIGUEZ, 2010, p. 20).

Mas o fato é que há divergências entre juízes. Sempre haverá várias posições em disputa referidas ao mesmo problema jurídico. Por esta razão, o direito prevê a votação por maioria simples em julgamentos colegiados, mecanismos de unificação da jurisprudência e outros institutos voltados para pôr fim ao debate em nome da eficácia e não da deliberação racional⁷² (RODRIGUEZ, 2010, p. 20-21).

Bem, mas, para que haja essa construção coerente do direito, o juiz deve elaborar um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro. Por outro lado, essa justificação deve ocorrer tanto do ponto de vista vertical quanto horizontal.

⁷² No Brasil, por exemplo, Rodriguez (2010, p. 21) afirma que a transmissão ao vivo e em rede nacional das votações do Supremo Tribunal Federal está deixando cada vez mais claro para os cidadãos em geral que os juízes divergem e de forma muito profunda.

A justificação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, com a ideia de que as decisões servem de controle das decisões tomadas em níveis inferiores, ao passo que a horizontal requer apenas que os princípios que justifiquem uma decisão em um nível sejam consistentes com a justificação oferecida para as demais decisões do mesmo nível (DWORKIN, 2010, p. 182-183).

Que fique claro que Dworkin entende que existe apenas uma única resposta correta⁷³, inclusive para os casos difíceis, e não somente respostas diferentes. Casos difíceis seriam aqueles que envolvem situações em que não há uma regra específica ou clara que venha a ser aplicada ao caso concreto submetido ao Judiciário (DWORKIN, 2010, p. 175).

Quando Dworkin defende a tese da única resposta correta não significa que alegue que, do ponto de vista semântico, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta, nem defende que existe uma solução ideal (BARBOZA, 2014, p. 252). O que ele defende é uma solução sempre justificada de maneira articulada⁷⁴.

A justificação deve ser convincente e acertada. Se a justificação que ele constrói fizer distinções arbitrárias e desenvolver princípios não convincentes, ela nem sequer poderá ser considerada justificação. Isso significa que será possível derrubá-la, apontando para aspectos que deixaram de ser considerados (GÜNTHER, 2011, p. 269).

Em verdade, a resposta certa não seria algo dado, mas construído argumentativamente⁷⁵. A sua elaboração sugere a analogia da prática jurídica com o exercício literário, consubstanciando a consideração do direito como um conceito interpretativo.

A partir da ideia do “direito como integridade” e na busca de coerência das decisões, Dworkin vai fazer uma analogia com a literatura, criando um gênero literário fictício que vai chamar de “romance em cadeia”.

O “romance em cadeia” demanda que cada autor, ao escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, com a compreensão “*de que está acrescentando um*

⁷³ Para uma leitura sobre a tese da “resposta correta” a partir de uma simbiose entre a teoria integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica, Cf. Streck (2011, p. 387 e ss.).

⁷⁴ Destarte, Rodriguez (2010, p. 21) defende que “*o debate deve ser visto como algo normal, mas ganha centralidade no processo de construção da segurança jurídica a dimensão da fundamentação das decisões, ou seja, a explicitação dos argumentos que levaram os juízes a decidir desta ou daquela maneira*”.

⁷⁵ Segundo Rodriguez (2010, p. 21), com sua teoria Dworkin “*abre um espaço legítimo para o debate no campo do direito, afastando-se completamente de um modo de pensar que busca um conceito único de direito e um método único para a interpretação das normas jurídicas; supostamente capaz de chegar a soluções precisas para os casos concretos*”.

capítulo a esse romance, não começando outro” (DWORKIN, 2000, p. 236 – grifei), ou seja, deve ter em vista que está diante da criação de um único romance, como se fosse obra de um único autor. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve (DWORKIN, 2000, p. 223).

Nessa dimensão, cada romancista, com exceção daquele que inicia o romance, tem dupla responsabilidade, de interpretar e criar, o que, nas palavras de Dworkin (2000, p. 236), significa que cada um *“precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”*.

O autor norte-americano diz textualmente que o romancista:

deve decidir como os personagens são “realmente”, que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usada, contribui para estes, e se deve sem ampliado refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser a interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas (DWORKIN, 2000, p. 236-237).

Dworkin dedica especial atenção para os casos difíceis no Direito. Estes, também chamados de “casos controversos”, são aqueles que ocorrem especialmente no âmbito da jurisdição constitucional, envolvendo direitos fundamentais, já que não há regra definida de antemão e, sobretudo, porque seu conteúdo envolve questões de moralidade política. Logo, a decisão desses casos difíceis deve ocorrer como no “romance em cadeia”.

Trazendo para o direito, em especial para os casos difíceis, a ideia de Dworkin, é correto afirmar que as decisões judiciais pressupõem que cada juiz, ao proferir uma decisão, interprete todos os precedentes existentes até então, com a compreensão de que está apenas acrescentando um capítulo a esses precedentes e não começando outro.

O juiz deve ter em vista que está diante da criação de precedente geral/único, como se fosse obra de um único juiz ou tribunal. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve a decisão.

Logo, cada juiz ou tribunal, mesmo aquele que inicia o precedente, tem dupla responsabilidade, de interpretar e criar, isto é, cada juiz precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o precedente criado até então⁷⁶.

A similaridade das decisões judiciais com o “romance em cadeia” é mais evidente nas decisões judiciais do *common law*, ou seja, “quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito ‘subjazem’ a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante” (DWORKIN, 2000, 237-238), para, a partir dessa interpretação do passado, perceber o que já foi criado até então, e, então criar o novo capítulo/decisão, num processo de reinterpretação e recriação.

Embora seja mais evidente a aplicação da teoria do romance em cadeia na *common law*,

é possível aplicar o romance em cadeia nos sistemas de *civil law*, como o Brasil, especialmente no âmbito da Jurisdição Constitucional. Nessa dimensão, diferentemente do convencionalismo, em que o juiz teria a discricionariedade para criar um novo direito perante casos difíceis e do pragmatismo que permite que o juiz decida de modo consequencialista para o futuro, pensando no bem coletivo sem qualquer compromisso com o passado, também no *civil law* é possível pensar que os limites para atuação da jurisdição constitucional, para além do texto escrito da Constituição, poderão ser encontrados no direito como integridade (BARBOZA, 2014, p. 254).

Nessa perspectiva, Barboza (2014, p. 254) defende que cada novo juiz (ou Ministro, no caso da Jurisdição constitucional brasileira) deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado para descobrir o que disseram ou qual era seu estado de espírito quando o disseram. De igual modo, isso serviria para “chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então” (DWORKIN, 2000, p. 238).

Além do mais, as novas decisões, assim como o “romance em cadeia”, devem ser construídas com base em princípios e não fundamentadas em políticas, haja vista que, para Dworkin, os fundamentos em políticas são mais frágeis, além de serem de competência dos poderes políticos.

⁷⁶ Mendes (2002, p. 56-57) ressalta que “a cada concretização os modelos normativos se ampliam e se enriquecem, adquirindo sempre novas possibilidades de utilização, que não poderiam ter sido imaginadas nem pelo mais profético dos legisladores históricos, mais ainda, os casos assim decididos passam a valer como precedentes e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa”.

O juiz está, portanto, vinculado a um dever geral de coerência, ou seja, coerência com as outras decisões já tomadas e a serem tomadas, por meio de uma consistência articulada, sendo tal dever de coerência mais compatível com os argumentos de princípio do que com os argumentos de política (DWORKIN 2010, p. 139). E, assim sendo, caberá aos juízes decidirem com base nos mesmos princípios, ainda que não sejam favoráveis às suas convicções pessoais.

Assim como Hércules – o juiz sobre-humano criado por Dworkin – os magistrados devem se pautar no princípio da integridade na prestação jurisdicional, segundo o qual, o direito deve ser visto como um todo coerente e estruturado (BARBOZA, 2014, p. 254).

Em outras palavras, enquanto a doutrina do *stare decisis* estrita determina julgar os casos semelhantes da mesma maneira, nos casos difíceis deve-se ampliar o princípio do *treat like cases alike*, para que se decida de acordo com o direito como integridade, que é estruturado “*por um conjunto de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhe que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas*” (DWORKIN, 2007, p. 291).

Hércules concluirá que sua teoria da equidade oferece a única explicação adequada à prática do precedente em sua totalidade. Todavia, deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípios necessários para justificar tais decisões (DWORKIN, 2010, p. 174).

Dworkin (2010, p. 180) explica que a força gravitacional de um precedente está na equidade, ou seja, em tratar casos semelhantes do mesmo modo.

De acordo com a teoria de Dworkin, todos os juízes são filósofos, por necessidade, e nenhum juiz é melhor filósofo do que Hércules, que vê que o império do direito engloba não só decisões sobre direitos realizadas no passado, mas também direitos implícitos na teoria de moralidade política que estas decisões pressupõem. Ele é capaz de examinar todas as leis de um sistema e depois construir uma teoria compreensiva de moralidade política que mostra essas leis como coerentes e unificadas. Dessa teoria emergirão não apenas respostas certas em casos difíceis, mas o valor da integridade – o valor de se estender a todos os direitos assegurados a alguns de modo que igual consideração e respeito sejam assegurados para todos – será respeitado (BARBOZA, 2014, p. 254).

Nesse contexto, Hércules deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que possam fornecer uma justificativa coerente a todos os precedentes do direito

costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema se justifique as disposições constitucionais e legislativas (DWORKIN, 2010, p. 181).

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade buscam, ao decidir casos difíceis, encontrar “*em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade*” (DWORKIN, 2010, p. 181).

O juiz Hércules deve se perguntar qual sistema de princípios foi estabelecido, devendo elaborar uma teoria constitucional e uma teoria política que justifiquem a Constituição como um todo, inclusive os princípios implícitos e não escritos, devendo, ainda, verificar qual o sistema político estabelecido por ela (DWORKIN, 2010, p. 167).

Em que pese Dworkin defender um juiz com dotes sobre-humanos, que decida de acordo com a integridade, ou seja, de acordo com o conjunto de princípios que espalha a moralidade política de uma comunidade, não significa que Hércules seja um juiz ativista (ou mesmo passivista, que se curvaria ao legislativo), pois o ativismo, como uma forma virulenta de pragmatismo jurídico, permitiria ao juiz ignorar não só a Constituição como também as decisões anteriores da Suprema Corte que buscam interpretá-la e as duradouras tradições de determinada cultura política, de modo a impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige (BARBOZA, 2014, p. 256).

Verifica-se que, apesar de Dworkin aceitar um tribunal ativista que esteja preparado para dar respostas a questões de moralidade política, esse ativismo não significa desrespeitar o passado, ao contrário, deve o juiz, como já afirmado, olhar o que já foi escrito até então, para escrever o novo capítulo (novo precedente). Os juízes devem aplicar a Constituição por meio da interpretação, devendo ajustar suas decisões “*à prática constitucional e não ignorá-la*” (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

Segundo Dworkin, as exigências da integridade podem ser divididas nos seguintes princípios de integridade política: princípio da integridade na legislação e princípio da integridade no julgamento.

O princípio da integridade na legislação “*pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios*” (DWORKIN, 2007, p. 203), ou seja, pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente com a moral da comunidade. Deve o legislador então se empenhar em proteger os direitos morais e políticos de

todos, “*de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade*” (DWORKIN, 2007, p. 266).

Nesse sentido Chueiri (2009, p. 55-56) explica que “*as leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade*” e que, portanto, a legitimidade política e a possibilidade de um direito coercitivo derivariam “*de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais*”.

Doutra parte, o princípio da integridade no julgamento pede aos juízes que, ao “*decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido*”, ou seja, “*consiste na exigência de que as decisões judiciais tentem analisar as leis como sendo moralmente coerentes*”. Desse modo, os juízes devem ver o direito como “*associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo na proporção adequada*” (CHUEIRI, 2009, p. 55).

Nesse sentido, Dworkin (2007, p. 483) explica que:

A justiça, como dissemos, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. O devido processo legal adjetivo é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu.

A integridade na deliberação judicial requer, nessa dimensão, que os juízes tratem o “*atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas*” (DWORKIN, 2007, p. 261).

Além disso, a sociedade que aceita ser governada pelo princípio da integridade admite que seja governada:

não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem [...] o conjunto de normas públicas reconhecidas, pode expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias (DWORKIN, 2007, p. 229).

Fica claro que Dworkin assume a possibilidade de direitos implícitos, princípios não escritos ou mesmo de uma Constituição invisível, o que está de acordo com o constitucionalismo

do *common law*, para o qual a Constituição engloba não apenas a Constituição escrita, mas também os princípios não escritos do *common law* que foram construídos historicamente e que podem ser apreendidos, se observados a prática constitucional e os precedentes judiciais (BARBOZA, 2014, p. 258).

Na medida em que o direito como integridade pressupõe que as pessoas têm direitos (que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas e que, portanto, autorizam a coerção) que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções, está-se admitindo a existência de uma Constituição não escrita do *common law*, que compreende princípios não escritos presentes na prática constitucional de uma comunidade (DWORKIN, 2007, p. 164).

O descobrimento ou a busca por normas implícitas, contudo, não ocorre de maneira arbitrária, nem com uma intenção legislativa usurpadora. Dworkin insiste para que os juízes não criem novos direitos, mas que apenas descubram direitos que sempre existiram, ainda que frequentemente de modo implícito (GÜNTHER, 2011, p. 271).

Ademais, o método para verificação de quais princípios embasaram as decisões e que fazem parte do direito como integridade é o próprio método utilizado no sistema de uma Constituição não escrita do *common law*.

Nesse diapasão, Barboza (2014, p. 258) explica:

A essência do direito não escrito na Inglaterra se dava, justamente, pela busca da coerência por meio de uma interpretação com movimentos descendentes e ascendentes, do particular ao especial, do especial ao geral e ainda ao mais genérico, e depois dos princípios e proposições abstratos e fundamentais descendo para o problema particular e específico. Ou seja, de um caso concreto, se buscava, por meio de um método indutivo-interpretativo, buscar qual o princípio abstrato estava contido na *ratio decidendi* abstratamente considerada. Assim, definindo-se qual o princípio geral e abstrato utilizado no precedente, utilizava-se então um método interpretativo dedutivo de aplicação do mesmo ao novo caso concreto. Essa técnica foi primeiramente sustentada pelos humanistas.

O direito como integridade pressupõe uma comunidade de princípios. Dworkin assume um ponto de vista mais generoso e abrangente do que a compreensão compartilhada da comunidade presente no modelo de regras⁷⁷. Para ele, as pessoas só podem ser consideradas

⁷⁷ Segundo Rodriguez (2010, p. 10), é preciso ressaltar que, mesmo diante de normas fechadas, cuja formulação procure deixar menos espaço para a atuação dos juízes, é difícil garantir que as interpretações sejam unívocas. Em diversos casos, os intérpretes terminam por criar exceções à regra para abarcar casos em que sua aplicação iria

como membros de uma comunidade política quando aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político, e, portanto, assume que existem princípios anteriores à Constituição, nos mesmos moldes de uma Constituição do *common law* (BARBOZA, 2014, p. 259).

Quando Dworkin (2007, p. 257) defende que a base racional do “direito como integridade” “*tende para a igualdade no sentido que [...] 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 acordo com uma concepção coerente do que isso significa*”, tem-se a mesma ideia de *treat like cases alike* apresenta na doutrina do *stare decisis*.

Integridade não significa apenas coerência, no sentido de decidir casos semelhantes da mesma maneira, ou seja, não é verdade que uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível. Assim, a integridade não é coerência; é ao mesmo tempo, mais e menos (DWORKIN, 2007, p. 264).

Melhor explicando: apesar de a integridade exigir que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, essa coerência não significa apenas seguir os precedentes, a coerência deve se dar com os princípios da comunidade, e, portanto, o juiz poderá se afastar da linha das decisões anteriores em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (DWORKIN, 2007, p. 264).

Em outras palavras, integridade é a própria ideia da doutrina do *stare decisis* presente no *common law*, na medida em que os juízes podem revogar (*overruling*) um precedente, se este for incompatível com o sistema de princípio presente não só nos precedentes judiciais, mas aqueles que decorrem da própria estrutura da Constituição, incluindo-se os princípios implícitos, os princípios não escritos e a própria “*Constituição invisível*” de uma comunidade política (BARBOZA, 2014, p. 260).

gerar uma injustiça patente. Um exemplo didático fornecido pelo autor ajuda a entender seu argumento. Imagine-se uma regra que proíba a entrada de animas no transporte público. Em um caso concreto em que se esteja diante de um cão-guia para cegos, é provável que seja construída uma justificativa para criar uma exceção à regra. Ao fazer isso, rompe-se o padrão de segurança jurídica que informa as concepções mais usuais. O juiz não está apenas encaixando o caso na regra geral, mas produzindo uma regra nova, justamente aquela que estabelece a exceção. Esta atividade criativa do juiz fica, naturalmente, ainda mais clara quando ele lida com normas abertas ou standards, cuja definição de sentido se faz com referência a um texto altamente abstrato. Diante deste quadro, Rodriguez (2010, p. 10) defende ser evidente que falar em segurança jurídica torna-se uma quimera, ao menos se a segurança jurídica é compreendida como a possibilidade de restringir completamente a atividade criativa do juiz.

O direito como integridade refuta que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Ao contrário, para o direito como integridade as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro. Elas interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento (DWORKIN, 2007, p. 488-489).

Dworkin (2006b, p. 133) apresenta as seguintes dimensões para a integridade no direito: 1) uma decisão judicial deve ser fundamentada em princípios, “*não por acordos, estratégias ou acomodações políticas*”, 2) a integridade deve ser aplicada verticalmente, no sentido de que o juiz ao julgar deve “*demonstrar que sua afirmação é coerente com todos os precedentes e com as principais estruturas*” da Constituição; 3) a integridade deve ser aplicada horizontalmente, no sentido de que um juiz, tendo aplicado um princípio, também deve dar a mesma importância a esse princípio nos novos casos que vier a decidir.

Os juízes, segundo o princípio judiciário de integridade, devem identificar os direitos e deveres legais, tendo em vista que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, que, portanto, expressa uma concepção coerente de justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 271-272).

Quando Dworkin (2007, p. 272) defende que a integridade é “*tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração*”, significa que os juízes devem, ao julgar os casos difíceis, buscar fundamentos no conjunto de princípios que formam o direito como integridade.

Contudo, a partir do momento em que há uma nova decisão, este produto da interpretação e densificação dos direitos e princípios passa a servir de nova fonte de inspiração para os casos futuros, haverá sempre um processo de interpretação e reinterpretação. Assim, o produto da interpretação passa a ser sua fonte de inspiração na reinterpretação dos princípios que compõem o direito como integridade (BARBOZA, 2014, p. 261).

Nesse sentido, Dworkin (2007, p. 273) afirma:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que

ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.

Esse é o método interpretativo tradicional do *common law*. Ele alterna a interpretação para aplicação no caso concreto e depois que se tem o produto da interpretação, torna a interpretá-la para abstrair-lhe os princípios fundamentais que serviram de fundamento para a decisão, passando a aplicar-lhe de forma abstrata.

Dessa forma, interpretando a decisão e verificando-se os argumentos de princípios que foram utilizados, será possível haver vinculação não apenas ao conteúdo explícito das decisões coletivas tomadas no passado, mas também, num sentido mais vasto, o sistema de princípios necessários à sua justificativa, devendo-se considerar toda a gama de normas jurídicas que vigora atualmente na comunidade (DWORKIN, 2007, p. 273).

De forma consequente, devem-se abstrair os princípios que justificaram não só as decisões no âmbito do Judiciário, mas também aquelas tomadas no âmbito do Legislativo. No entanto, não poderá o juiz utilizar-se de argumentos de justificação política que embasaram a elaboração de uma lei, mas poderá verificar, por meio de um método indutivo, quais os princípios que lhe servem de fundamento, ou seja, mesmo por trás de regras positivas há princípios que podem delas ser inferidos.

Todavia, Dworkin (2010, p. 181) adverte que:

[...] se a força gravitacional do precedente tem por base a ideia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos, Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política.

Então, é possível afirmar a utilização da doutrina dos precedentes vinculantes sob este enfoque, não no sentido de engessamento das decisões judiciais, mas que as atuais decisões partam das decisões anteriores e tenham ainda o direito como integridade, com seu conjunto de princípios como fundamento para adaptação do direito à realidade social. Sugiro a adoção do modelo de integridade apenas como possibilidade de limitar a liberdade da decisão judicial, prevenindo os abusos e garantindo a segurança jurídica.

De mais a mais, deve-se ter em vista que a Constituição visível e invisível com seus princípios escritos e não escritos faz parte do conjunto de princípios presentes no direito como integridade (BARBOZA, 2014, p. 262).

O direito como integridade não significa defender, dessa maneira, uma adesão cega aos precedentes, no sentido de que os juízes devem respeitar precedentes que consideram errados. Nos moldes da teoria do *stare decisis*, é possível que a Corte reveja sua decisão, porque ela estava errada, “*pelo fato de os princípios que as determinaram serem incoerentes com princípios mais fundamentais embutidos na estrutura e na história da Constituição*” (DWORKIN, 2006b, p. 168). Esse poder de rever as decisões tomadas no passado deve, segundo Dworkin, ser exercido com modéstia e boa-fé. Por outro lado, rever decisões não significa ignorá-las.

Dito de outra maneira, a teoria do *stare decisis*, que observa o princípio da integridade, exige respeito aos precedentes e não sua imutabilidade, mas não admite que se revogue um precedente porque este será melhor para toda a comunidade tal como o pragmatismo, que ignora os precedentes com base em argumentos de política (BARBOZA, 2014, p. 264).

Dessa forma, o que se defende pela aplicação do princípio da integridade na decisão judicial é que se utilize a doutrina do *stare decisis*, pela qual se impõe respeito ao passado, o que poderá ser feito seguindo, revogando ou distinguindo os precedentes, ou ainda, como será defendido adiante, modulando os efeitos das decisões quando houver manifesta alteração de jurisprudência.

Justifica-se, desse modo, a adoção do modelo interpretativo do direito como integridade, especialmente para Jurisdição Constitucional brasileira na interpretação dos direitos humanos e princípios constitucionais. Nessa hipótese, deverá o Supremo Tribunal Federal examinar a força gravitacional dos precedentes, verificando-se a cada nova decisão os princípios explícitos ou implícitos que serviram de fundamento para que se chegasse aos motivos determinantes de decisões semelhantes anteriores. Desse modo, se garantirá o efeito da doutrina do *stare decisis* no âmbito horizontal, na medida em que a integridade exige que os julgadores estejam consistentes dos princípios que embasaram suas decisões (BARBOZA, 2014, p. 285).

Além disso, adotando-se a integridade nas decisões, por meio da doutrina do *stare decisis*, o STF estará atendendo ao princípio da igualdade, não apenas de tratar casos semelhantes na mesma maneira, mas de forma mais ampla, de tratá-los de acordo com os mesmos princípios,

o que certamente garantirá mais segurança jurídica e privilegiará a confiança dos cidadãos em suas decisões.

Deve, assim, o Supremo Tribunal Federal julgar como se estivesse a escrever um romance em cadeia. Deve atuar de maneira principiológica e coerente em relação aos jurisdicionados, de modo que se estenda a todos os parâmetros substantivos de justiça e equidade que foram utilizados para alguns, devendo levar em conta não só o texto escrito da Constituição, mas também os princípios não escritos, os direitos fundamentais implícitos ou a Constituição invisível, os quais poderão ser retirados dos precedentes judiciais e da prática constitucional brasileira, de modo que a decisão reflita, da melhor maneira possível, a moralidade política da comunidade.

Acima de tudo, quando houver superação desses parâmetros, o Tribunal deverá aplicar seu entendimento apenas para o futuro, garantindo que não haja mudança das regras ainda com o “jogo em andamento”.

3.3 A relação entre Mudança de Jurisprudência, Segurança Jurídica e Desenvolvimento: a teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica por meio da estabilidade das decisões judiciais

3.3.1 Segurança jurídica e desenvolvimento

O tema da segurança jurídica pode ser abordado de diversos pontos de vista. Sob o ponto de vista da política, o tema tem desdobramentos sobre a segurança do cidadão e das empresas diante da ação das autoridades do Estado em diversos campos, em especial em matérias de direito penal e de direito administrativo. No que concerne à relação entre segurança jurídica e desenvolvimento econômico, coloca-se o foco sobre a discussão do papel do poder judiciário em incentivar ou criar obstáculos para a atividade econômica (RODRIGUEZ, 2010, p. 8).

Apesar disso, quanto à noção de desenvolvimento, deixo claro que não adoto uma concepção restritiva. Em verdade, é impossível discutir de forma exaustiva o conceito e as teorias sobre a noção do que é o desenvolvimento, até porque não existe uma definição universal, válida globalmente, sobre o desenvolvimento: a diversidade e os padrões heterogêneos de cada cultura acabam por acarretar respostas que dão conta de um desenvolvimento útil ou relevante para

determinado povo, nação ou Estado, em proposições nem sempre coincidentes entre si (FONTOURA; CAMARÃO, 2014, p. 123-124).

Ao longo das últimas décadas, a noção de desenvolvimento recebeu influências e novas adjetivações que alteraram e ampliaram o seu sentido tradicional (econômico), passando a abranger, por exemplo, a dimensão étnica (etnodesenvolvimento), a dimensão ecológica (ecodesenvolvimento) e a dimensão humana (desenvolvimento humano). Essas designações expõem a necessidade de se considerar, além dos aspectos econômicos, as feições culturais, políticas, jurídicas, sociais e ideológicas do processo de desenvolvimento (FONTOURA; CAMARÃO, 2014, p. 124).

Para os fins deste trabalho, será tomado como base o conceito de desenvolvimento na perspectiva defendida pelo indiano Amartya Sen, no sentido de que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam:

Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades substantivas dirige a atenção para os fins que o tornam importante, em vez de restringi-la a alguns dos meios que, *inter alia*, desempenham um papel relevante no processo. O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou intervenção excessiva de Estados repressivos (SEN, 2000, p. 17).

Rodriguez (2009, p. 221) trilha pelo mesmo caminho, reforçando a escolha deste e não outro conceito de desenvolvimento:

Em anos recentes, no entanto, a ideia de desenvolvimento expandiu-se. Crescimento e equidade permanecem, mas o desenvolvimento tem sido definido de modo a incluir metas como o alívio direto da pobreza, emancipação das mulheres, proteção das minorias, liberdade, política, acesso à justiça e segurança jurídica.

Sen (2000, p. 25) assevera que dentro da ótica do desenvolvimento como liberdade, existem cinco tipos diferentes de liberdades que ajudam a promover a capacidade geral de uma pessoa e que podem ser estimuladas por políticas públicas, mediante a promoção individualizada ou inter-relacionada, quais sejam: a) liberdades políticas; b) facilidades econômicas; c) oportunidades sociais; d) garantias de transparências; e e) segurança protetora.

O elemento social do processo desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, isto é, a realização para todo o povo dos direitos

humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito ao trabalho, o direito à educação, em todos os níveis, o direito à seguridade social, o direitos à habitação e o direito de fruição dos bens culturais (BERCOVI, 2005, p. 108). Afirimo, pois, que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental⁷⁸.

Segundo Rodriguez (2011, p. 38), o debate sobre direito e desenvolvimento vive hoje seu momento mais plural, pois a hegemonia do pensamento etnocêntrico da teoria da modernização já não permanece indisputada. Dessa forma, a possibilidade de criar instituições que garantam segurança jurídica sem recair em fórmulas padronizadas parece estar aberta. De igual modo, parece ser possível discutir o tema sem ter como objetivo único a criação de um ambiente institucional adequado para a atração de capitais nos padrões weberianos ou da teoria da modernização.

Sob o prisma econômico, por exemplo, e partindo-se do “problema inglês” (e da crítica pioneira de Franz Neumann a Max Weber), pode-se ampliar a discussão sobre o tema da segurança jurídica para outros modelos de regulação. Alguns destes modelos, por exemplo, partem do pressuposto de que a aplicação das normas é indeterminada por definição, pois as leis produzidas pelo parlamento são incapazes de terminar completamente a atuação dos órgãos jurisdicionais, posição que não se identifica com a visão mais usual da segurança jurídica (RODRIGUEZ, 2011, p. 39).

Nesse prisma, a excessiva valorização do Poder Judiciário deixa de lado a pauta relativa ao problema do direito e desenvolvimento ao pensar a segurança jurídica apenas em função de uma visão tradicional da separação de Poderes. O problema atualmente é muito mais complexo e exige novas ferramentas teóricas para ser enfrentado (RODRIGUEZ, 2011, p. 39).

Em suma, a “intervenção” jurisdicional em relações econômicas ou empresariais teria dois desdobramentos: 1) seria simplesmente uma ameaça à segurança jurídica⁷⁹; ou 2) seria apenas o cotidiano no ordenamento jurídico. Porém, ainda neste segundo desdobramento, a segurança jurídica estaria não em afastar o direito das relações econômicas, empresariais ou

⁷⁸ Já defendi esta tese em artigo elaborado em coautoria, publicado no CONPEDI. Para mais detalhes, Cf. FONTOURA; CAMARÃO (2014).

⁷⁹ Nessa perspectiva, mudando o que deve ser mudado, seria uma verdadeira ameaça à segurança jurídica a não modulação dos efeitos da decisão do STF em caso de alteração de jurisprudência que tivesse relação direta com contratos ou negócios jurídicos já celebrados, valendo esse raciocínio, também, para causas tributárias que afetem os contribuintes, causando-lhes verdadeira “surpresa”. Isso será explorado de forma mais detalhada no capítulo posterior.

tributárias, mas de tornar suas “intervenções” cada vez mais previsíveis, sem deixar de lado, portanto, a vontade do Estado soberano e da sociedade (RODRIGUEZ, 2011, p. 44).

No que se refere diretamente à relação entre decisões judiciais e segurança jurídica, é necessário pensar esta em função da argumentação que fundamenta as decisões e não exclusivamente em função do texto legal. Afinal, é possível obter mais de uma resposta para as questões jurídicas e este é um fato normal que deve ser levado em conta no debate sobre a segurança jurídica (RODRIGUEZ, 2010, p. 9).

Uma segurança jurídica construída em novos termos, ou seja, voltada para incentivar e não atrapalhar o desenvolvimento, estará preocupada principalmente com o nível da argumentação e não do texto. Seu objetivo será construir padrões argumentativos mais abertos, que restrinjam o espaço decisório sem submeter o juiz a limites que o impeçam de dar conta de conflitos novos (RODRIGUEZ, 2010, p. 23).

Nesse sentido, como quer Dworkin, é preciso discutir a fundamentação das decisões judiciais e mecanismos para organizar e formalizar argumentos como tarefas relacionadas à construção da segurança jurídica em termos reformistas (RODRIGUEZ, 2010, p. 23).

No lugar de um texto legal construído com o objetivo de suprimir o poder do juiz e transformá-lo em um burocrata no mau sentido da palavra, deve-se privilegiar o uso refletido de normas abertas e fechadas em função de cada problema regulado. No lugar do ideal de uma resposta jurídica única para cada tipo de conflito jurídico, a obtenção de respostas bem fundamentadas, não arbitrárias, que explicitem seus fundamentos para que seja possível discutí-los e submetê-los a algum grau de formalização e padronização (RODRIGUEZ, 2010, p. 23). E eu acrescento: no lugar de mudanças abruptas de paradigmas jurisprudenciais, ainda que de cortes inferiores, deve-se buscar a perenidade e as mudanças graduais de entendimentos, fundamentando cada mudança e modulando-se os efeitos das decisões, quando for o caso.

Para que haja pleno desenvolvimento no sentido mais amplo do termo (ou seja, para que haja efetivamente desenvolvimento como liberdade e não apenas sob o restrito aspecto econômico), o papel do Judiciário deve ser a criação de um quadro em que os negócios jurídicos sigam regras predeterminadas. O judiciário também deverá proporcionar uma decisão clara e rápida em caso de dúvida. Nesse contexto, a previsibilidade dos fundamentos de um julgamento⁸⁰

⁸⁰ Sobre previsibilidade das decisões judiciais, especialmente no âmbito do direito tributário, Ávila (2012, p. 114) aduz que: “A segurança jurídica pode referir-se a um estado de fato, isto é, a uma determinada realidade concreta passível de constatação. Nesse sentido, a segurança jurídica não diz respeito a um comportamento que deva ser

e a velocidade são os fatores mais importantes que determinam a qualidade do Judiciário (KÖHLING, 2000).

A insegurança criada por um poder judiciário fraco muda o comportamento econômico de duas formas. Em primeiro lugar, a estrutura de custo da economia aumenta. Despesas adicionais para o financiamento, mecanismos alternativos, ou a inclusão de um prêmio de risco aumenta o preço de venda de um bem. Em segundo lugar, nem todos os riscos podem ser cobertos pelos prêmios mais elevados. Se o risco é considerado muito alto, certas transações simplesmente não acontecem. Logo, é correto dizer que um significativo impacto negativo na economia pode ser constatado em decorrência de Judiciário fraco (KÖHLING, 2000).

De fato,

The fundamental attribute of a just judiciary the rule of law is followed, meaning that all participants face the same procedures and no one, even the state, is above the law. The example of India shows, that it is not sufficient a country to maintains the rule of law. Far more important is a judiciary that produces swiftly predictable judgements⁸¹ (KÖHLING, 2000). – Grifei.

Portanto, podemos analisar a relação entre segurança jurídica e desenvolvimento sob duas vertentes: se analisarmos de um ponto de vista restrito, é razoável afirmar que a segurança jurídica, em alguns momentos, pode vir travar ou prejudicar o desenvolvimento. Entretanto, se vistos por uma perspectiva abrangente, se verificará que os benefícios trazidos pela segurança jurídica, em última análise, podem ser superavitários, posto que ela poderá garantir/efetivar direitos fundamentais.

adotado ou a um estado ideal de coisas que deva ser atingido. Ela se vincula, em vez disso, a uma realidade fática que se entende existente. Sendo assim, o emprego da expressão “segurança jurídica” denota, nesse aspecto, um juízo de fato a respeito daquilo que se julga existir no plano da realidade. A expressão “não há segurança jurídica no Brasil, porque os órgãos aplicadores não confirmam as previsões feitas para a maior parte das suas decisões” representa essa significação. A segurança jurídica, nessa compreensão, significa, pois, a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos. Para o contribuinte a segurança jurídica significa a possibilidade de saber, antecipadamente, aquilo que vai, de fato, ocorrer”.

⁸¹ Tradução livre do autor: “O atributo fundamental de um Judiciário em que o estado de direito é seguido, significa que todos os participantes enfrentam os mesmos procedimentos e ninguém, nem mesmo o Estado, está acima da lei. O exemplo da Índia mostra que não basta um país manter o Estado de Direito. Muito mais importante é um judiciário que produz rapidamente julgamentos previsíveis”. – Grifei.

3.3.2 A teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica

Na esteira das mudanças pelas quais o Direito passou nas últimas décadas, com a Revolução dos Direitos Humanos ocorrida no pós-guerra, adoção de constituições democráticas com declarações de direitos fundamentais, a assunção dos direitos humanos e fundamentais com *status* de supremacia no âmbito político e jurídico das sociedades contemporâneas, percebe-se um crescimento da atividade das Supremas Cortes e Cortes Constitucionais em diversos Estados, tanto aqueles com tradição no *civil law* quanto aqueles com tradição no *common law*.

Esse aumento de atividades assumidas pelo Poder Judiciário e Cortes Constitucionais se dá não só do ponto de vista quantitativo, de aumento dos casos e da demanda da sociedade em relação ao Judiciário, mas também sob o ponto de vista qualitativo, passando os Tribunais a enfrentar diversos assuntos que envolvem questões políticas, morais, econômicas, de relevante importância para a comunidade (BARBOZA, 2014, p. 264).

Aliado ao movimento da judicialização da política (que no direito tem sua sede por excelência no direito constitucional), tem-se que o caráter aberto das normas de direitos humanos e fundamentais acaba conferindo aos juízes o poder de instituir os valores de moralidade política que irão dar significados a esses direitos, muitas vezes em detrimento de uma deliberação política por parte do Parlamento.

Ao mesmo tempo, é possível afirmar que o atual sistema jurídico brasileiro, em que pese ter sua tradição no *civil law*, acaba tendo que enfrentar um paradoxo, na medida em que o sistema não consegue dar previsibilidade na aplicação das leis. De outra maneira, não admite, em princípio, um sistema que busque uma coerência nas decisões judiciais, como forma de garantia da segurança jurídica dos cidadãos e da estabilidade e previsibilidade das relações sociais – o que pode acabar influenciando no desenvolvimento de uma sociedade.

Isso vem se alterando com o tempo, pois como defendido no primeiro capítulo, vivenciamos hodiernamente um momento de sincretismo no controle de constitucionalidade no Brasil. Pelo menos em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, os precedentes vêm ganhando relevância e força vinculante.

Com efeito, apesar de os precedentes terem assumido no Brasil, num primeiro momento, natureza meramente interpretativa, a partir do momento em que se assume a presença de ambiguidades, obscuridade e normas indeterminadas nos códigos, e se positivam os direitos

humanos na Constituição por meio da adoção de um sistema de direitos fundamentais, é necessário ampliar a interpretação dos princípios implícitos ou não escritos de um modo que revele e preserve ou mesmo constitua um sistema de direito racional e coerente, demonstrando que as normas e os princípios jurídicos desenvolvem-se de acordo com as necessidades da sociedade em determinado momento (BARBOZA, 2014, p. 265).

A partir da Constituição Federal de 1988 prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a leitura principiológica do direito constitucional, mudando o STF da posição de mero aplicador do direito para a de “realizador de direitos” e “garantidor dos princípios constitucionais” (CHUEIRI, 2009, p. 45-46). E essa mudança é sentida especialmente na jurisprudência e no papel mais incisivo do Supremo especialmente quando deve decidir diferentemente do que foi decidido anteriormente pelo Legislativo ou Executivo.

Há, assim, uma aproximação do papel do juiz (especialmente dos Ministros do STF) do sistema brasileiro (com tradição romano-germânica) ao sistema de *common law*, no qual os juízes têm papel de *judge-made-law* – os juízes/tribunais que “fazem” as leis através dos precedentes.

Por outro lado, verifica-se que, apesar de já haver uma aproximação de alguns institutos processuais à doutrina de precedentes vinculantes obrigatórios e de não haver mais distinções relevantes entre o controle de constitucionalidade difuso e concentrado realizado pelo STF, o problema não está totalmente resolvido, tendo em vista a diversidade de decisões sobre os mesmos assuntos, às vezes emanadas inclusive de um mesmo Tribunal, bem como em razão da insignificância das decisões dos Tribunais superiores em relação aos inferiores, que não se sentem obrigados a decidir de forma uniforme e coerente com o que decidiram os Tribunais que lhe são superiores.

É nesse contexto que se justifica a importância do estudo do direito como integridade e da ideia do romance em cadeia, conforme delineado por Dworkin, como uma forma de garantir uma coerência no direito e nas decisões judiciais.

A intenção é evitar a insegurança jurídica decorrente não só das decisões dos Tribunais inferiores que não levam em consideração o que já foi decidido pelos Tribunais Superiores, como também da maneira livre com que atualmente os Ministros dos Tribunais Superiores podem lançar mão das decisões anteriores, utilizando-as “*de maneira aleatória, sem confirmação do conteúdo da decisão (ratio decidendi)* –, ou *de maneira estratégica* –, apenas

aquelas que favoreçam a linha argumentativa do Ministro” (VOJVODIC, 2009, p. 22). E isto sem falar nas mudanças levadas a efeito em razão da mutação constitucional/evolução da jurisprudência.

Bem, conforme já exposto em tópico anterior, aplicando a teoria de Dworkin no Brasil, é inegável que a importância de uma integridade e coerência nas decisões do Supremo se dá especialmente no que diz respeito aos casos difíceis, nos quais os Ministros devem firmar uma posição não só verificando a posição já manifestada pelo Tribunal em outras ocasiões, mas que venha a servir de precedente para futuros casos semelhantes. Evidente que a obrigação de integridade e coerência nas decisões também deve valer para os tribunais inferiores, tanto em relação as suas próprias decisões quanto em relação às decisões firmadas pelas Cortes que lhe são superiores.

No Brasil o problema se torna grave quando se verifica que não há qualquer preocupação quanto ao Supremo justificar perante a sociedade a integridade de sua decisões, no sentido de que não parte de suas decisões anteriores sobre determinado assunto, quer para tratar os cidadãos com igual consideração e respeito, quer para a partir da decisão anterior demonstrar que o Tribunal agora entende de modo diferente ou que o novo caso não se assemelha ao anterior de modo a justificar a aplicação do precedente (BARBOZA, 2014, p. 266).

Isso, de fato, não ocorre muitas vezes com seu próprio precedente, e é ainda pior nos casos em que o STF reforma decisão já pacificada em Corte infraconstitucional.

Defende-se, pois, neste trabalho, a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de Dworkin, para que o Supremo passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em relação ao capítulo anterior (precedente) e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outros capítulos (decisões) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e principalmente aos princípios erigidos pela comunidade política (CHUEIRI, 2009, p. 52).

Concordo com a ideia de Barboza (2014, p. 267), segundo a qual essa integridade e continuidade do processo decisório garante uma maior estabilidade, previsibilidade e segurança jurídica para os cidadãos nesse novo modelo de direito constitucional brasileiro, que, no que diz respeito aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, aproxima-se das jurisdições do *common law*, devendo nelas buscar sua experiência na ideia de precedentes vinculantes, que

se justifica na teoria de Dworkin: as decisões da Suprema Corte devem ser escritas tais como se fossem capítulos de um romance na história do direito jurisprudencial brasileiro.

Todavia, não se podem afastar algumas dificuldades por que passa a Jurisdição Constitucional brasileira para defender que a doutrina do *stare decisis*, como uma teoria que aplica o princípio da integridade na jurisdição, é a doutrina que mais se ajusta ao novo direito constitucional brasileiro, a permitir estabilidade, previsibilidade, coerência, segurança e integridade no direito.

Barboza (2014, p. 267), por exemplo, explica que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando diversos casos difíceis nos quais os Ministros buscam cada um fundamentar sua decisão, o que acaba por formar uma decisão complexa, de difícil apreensão da posição do Tribunal e, por consequência, de sua *ratio decidendi*.

De fato, não é difícil perceber que em casos difíceis, que envolvem a definição acerca do conteúdo moral de direitos fundamentais sobre os quais não há consenso pela comunidade política – como, por exemplo, aborto de anencefálicos, pesquisa com células-troncos, cotas em universidades públicas – a repercussão pública é bastante grande, com o acompanhamento de perto da imprensa e da população da posição que o Tribunal irá adotar. Logo, nessa perspectiva, os Ministros buscam dar maior fundamentação às suas decisões, as quais acabam por conter maior carga argumentativa, especialmente porque tais casos, além de midiáticos e emblemáticos, servirão de referência para casos futuros.

Não obstante a justa preocupação dos Ministros, o que se verifica é que cada um julga o caso individualmente e há apenas a soma das decisões favoráveis ou contrárias com motivos determinantes diversos, o que impede que se forme um entendimento do Tribunal acerca de determinado assunto e que se possa retirar daquele conjunto de decisões proferidas num único caso qual seria a *ratio decidendi* ou os princípios que a fundamentaram a vincular os casos vindouros que venham a tratar do mesmo assunto (BARBOZA, 2014, p. 267)⁸².

Com feito, o que se verifica é que nos casos difíceis (muitos dos quais envolve a discussão de princípios e valores constitucionais que afetam ou podem afetar o desenvolvimento da sociedade brasileira), cada Ministro profere seu voto com uma fundamentação própria. Não existe debate para que haja uma posição majoritária do Tribunal a respeito dos motivos

⁸² Este assunto também será explorado no último capítulo a partir da doutrina de Conrado Hübner Mendes (2011, p. 337-361).

determinantes (*ratio decidendi*) da decisão de certo caso. Tal situação prejudica a utilização do precedente nos casos futuros, posto que o STF não firma uma “tese” sobre determinado assunto.

Na mesma dimensão, é possível defender a utilidade de se propor a teoria de Dworkin do “direito como integridade”, uma vez que demonstra a necessidade de diálogo não só entre as decisões, mas também intradecisões do Supremo Tribunal Federal, para que haja um entendimento coerente por parte do Tribunal que seja passível de ser apreendido e aceito não só pelos profissionais do Direito, mas também por toda a comunidade (BARBOZA, 2014, p. 268).

Ressalto mais uma vez, pela extrema importância, que a possibilidade de se estabelecer um entendimento coerente por parte do Supremo não significa engessar o posicionamento dos juízes dos Tribunais inferiores e de primeira instância. Inversamente, significa consolidar o processo interpretativo de modo a garantir maior segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais, notadamente nas decisões em que esteja em jogo direitos fundamentais e/ou o desenvolvimento.

4 A MUDANÇA DE JURISPRUDÊNCIA COMO REQUISITO PARA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A atividade jurisdicional é orientada, primordialmente, para o passado, porque as decisões vertem sobre fatos narrados pelas partes ocorridos antes da prolação da decisão que finaliza a atividade do Judiciário. O julgador, por consequência, ocupa-se do passado, orientando-se pelas normas vigentes e pelos fatos ocorridos antes do seu pronunciamento.

Isso não quer dizer que as manifestações do Poder Judiciário, embora com eficácia centrada no passado, não tenham efeitos com relação ao presente e ao futuro: dependendo da eficácia que se almeja (declaratória, constitutiva, condenatória), repercutem também sobre o presente e sobre o futuro, sendo inerente a toda decisão uma eficácia pluridimensional, pela mescla que produz relativamente ao passado e ao futuro (ÁVILA, 2012, p. 166).

Contudo, concordo com Ávila (2012, p. 166) quando o mesmo afirma que no Brasil a jurisdição – e eu friso: a jurisdição constitucional – tem causado problemas de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: de cognoscibilidade, em virtude da falta de fundamentação adequada das decisões ou, mesmo, da existência de divergências entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa, inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de calculabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico.

Em decorrência desses problemas, igualmente numerosos deveres são dirigidos ao Poder Judiciário para preservar a segurança jurídica, dentre os quais o dever de fundamentação suficiente e racional das decisões judiciais (já examinado), a proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas, bem como a obrigação de utilização de mecanismos de moderação na alteração de precedentes.

No primeiro capítulo já tratei de forma genérica sobre mudança jurisprudencial. Neste tópico, tratarei de maneira específica o problema proposto no trabalho. Para tanto, quero registrar de forma clara e rigorosa que a definição de mudança jurisprudencial a ser adotada é apenas a que ocorre quando uma decisão afasta-se, pela primeira vez, de outra decisão judicial eficaz sobre a

mesma questão, ou seja, não é qualquer alteração que substancia “mudança jurisprudencial” (ÁVILA, 2012, p. 473).

Friso isto para rebater eventual crítica por uma possível generalização indevida da hipótese que defendo. Em outras palavras, não trabalho com a hipótese genérica de sempre se modular efeitos das decisões do Supremo quando houver alteração do entendimento da Corte ou a mera modificação de uma decisão de Tribunal infraconstitucional.

Nesse contexto, adoto a doutrina de Ávila (2012, p. 473-479) que assim resume os requisitos para que seja, de fato, configurada a mudança jurisprudencial:

1) É preciso, em primeiro lugar, que existam duas decisões conflitantes *sobre o mesmo objeto*. Só se pode afirmar que há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática. Assim, se há uma mudança da base normativa para a decisão, a rigor, não se pode falar em mudança jurisprudencial. Do mesmo modo, se houver alteração da situação fática também não se pode falar, a rigor, em mudança de jurisprudência.

2) É necessário, em segundo lugar, que a “decisão modificada” tenha transitado em julgado⁸³ ou, no mínimo, possa ter razoavelmente produzido efeitos orientadores relativamente àquele que suscita a resistência dos seus efeitos referentemente à “decisão modificadora”.

Pois bem, essas observações servem para demonstrar que só se pode falar, a rigor, em mudança de jurisprudência quando a decisão modificada já foi estabilizada pelo trânsito em julgado no caso específico. Para haver proteção da confiança, o cidadão deve agir com base em decisão conhecida e eficaz.

⁸³ Por outro lado, Ávila (2012, p. 478-479) ressalva que nem sempre que há uma decisão anterior já transitada em julgado, sobre o mesmo assunto, há “mudança de jurisprudência”. É preciso, ainda, que exista a contraposição efetiva entre os julgados. Nesse sentido, é preciso diferenciar o conceito de “mudança jurisprudencial” de outros fenômenos similares. O autor aduz que “mudança jurisprudencial” não se confunde com “inovação”, pois esta ocorre quando uma decisão judicial inova pela introdução de elementos dogmáticos ou critérios antes inexistentes, mas sem que haja contraposição com alguma decisão anterior. Ela também não se identifica necessariamente com uma “divergência jurisprudencial”, eis que esta ocorre quando dois órgãos do mesmo Tribunal manifestam entendimentos dissonantes, mas ainda não transitados em julgados ou uniformizados por decisão superior. Ela, igualmente, não se identifica com uma “mudança de paradigma jurisprudencial”, haja vista que esta última tem lugar quando um conjunto de decisões judiciais – mas não uma decisão específica em comparação com outra – recebe uma fundamentação baseada em novos critérios dogmáticos, como exemplifica a interpretação do Direito Civil com base na Constituição, e não por base no Código Civil. Só há mudança jurisprudencial, de modo que a mesma questão receba duas soluções antinômicas sucessivas, não se verificando, portanto, quando aquela advém de modificação legal ou constitucional.

Desse modo, a “mudança jurisprudencial” somente ocorre quando uma decisão judicial manifesta entendimento diretamente contrário àquele manifestado em uma decisão judicial anterior eficaz sobre a mesma matéria. E mesmo tendo como base essa restrita concepção, ainda sim temos problemas na nossa prática constitucional.

4.1 Mudança de Jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal como Critério para Modulação dos Efeitos da Decisão: análise da modulação de efeitos a partir de julgados do STF

A questão relativa à mudança jurisprudencial pode ser enfrentada sob vários ângulos. Em primeiro lugar, existe a questão de saber se o Poder Judiciário está, ou não, vinculado aos seus próprios precedentes e, por isso, se pode, ou não, mudar a sua orientação. Em segundo lugar, é preciso examinar se, podendo aquele alterar o seu entendimento, de que modo ele pode fazê-lo: se brusca ou apenas suavemente, e com regras de transição ou com cláusulas de equidade. Em terceiro lugar, é necessário analisar com que efeitos podem ser feita a mudança de orientação: se com efeitos retroativos e retrospectivos ou apenas com efeitos prospectivos. Cada uma dessas questões envolve uma série de outras, difíceis de serem respondidas (ÁVILA, 2012, p. 469).

Como afirma Ávila (2012, p. 47):

A vinculação aos precedentes judiciais é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houve uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária. Com isso se quer afirmar que o Poder Judiciário, embora esteja vinculado aos seus precedentes, pode, sim, mudar de orientação, desde que o faça de maneira fundamentada e com respeito às posições anteriormente consolidadas sob a orientação então pronunciada. Ela pode mudar, desde que o faça de maneira estruturada ou suave, graças ao dever de respeito às decisões anteriores e à necessidade de freios à mudança. O princípio da segurança jurídica serve, precisamente, de critério para nortear essa avaliação.

A mudança de orientação jurisprudencial, em si, pode ser boa: pode evidenciar um melhor entendimento a respeito da matéria pelo Poder Judiciário; pode corrigir equívocos produzidos em decisões anteriores; e pode avaliar o fato ou argumento não devidamente avaliado anteriormente (ÁVILA, 2012, p. 470).

Logo, tem-se que a prática interpretativa, notadamente quando há mudança de jurisprudência, no âmbito do controle de constitucionalidade, na via difusa ou concentrada, demonstra que o tema comporta inevitáveis desdobramentos. A possível caracterização de inconstitucionalidade superveniente como decorrência da mudança de significado do parâmetro normativo constitucional ou do ato legislativo submetido à censura judicial impõe a adaptação da técnica de decisão, abandonando-se uma simples e pura declaração de nulidade (MENDES, 2014, p. 1302-1306).

O princípio da segurança jurídica não exige imobilidade – e, portanto, não afasta a mudança jurisprudencial. O problema, porém, não é a mudança em si, mas o seus efeitos. Se ela surpreender o indivíduo que exerceu intensamente os seus direitos de liberdade e de propriedade confiando e podendo confiar na sua permanência, a mudança de orientação pode ter efeitos negativos expressivos. O que se busca, portanto, é a “permanência na mutação” (ÁVILA, 2012, p. 471).

Nesse contexto, o entendimento do STF tem se destacado cada vez mais no sentido de aplicar às suas decisões a chamada "modulação dos efeitos" da pronúncia de inconstitucionalidade, instituto existente há certo tempo em outros países (como a Alemanha e a Áustria, por exemplo) e que foi positivado no Brasil apenas por meio do artigo 27 da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999).

Sobre a técnica ou instituto da modulação dos efeitos, sobre a qual já abordei anteriormente, Bonavides (2001, p. 307-309), amparado na doutrina e jurisprudência alemã, explica que é o princípio da segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora incompatíveis com a Constituição, possam existir, ter existido ou ter eficácia de transição, levando-se em conta que a supressão da norma por declaração de nulidade (efeito *ex tunc*) produziria uma situação que aos julgadores se afiguraria mais inconstitucional do que aquela provada pela conservação temporária da validade da lei declarada “apenas” inconstitucional.

Como ensina Larenz (1997, p. 498-500):

O preciso momento em que deixou de ser ‘correcta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermédio’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme a Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes. Então é de escolher a interpretação, no

quadro das possíveis, segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme a Constituição.

Dessa maneira, como já afirmado, a jurisprudência constitucional tende a criar um espaço de tempo (modulação temporal dos efeitos da decisão) que assegure a sobrevivência da lei declarada inconstitucional, de tal sorte que o legislador (e o cidadão – jurisdicionado) tenha tempo de tomar a decisão constitucionalmente mais adequada (BONAVIDES, 2001, p. 308).

Sob esse prisma, é de bom alvitre evitar que a alteração de um posicionamento firmado há tempo pelos Tribunais venha a prejudicar o cidadão-jurisdicionado que, confiante na consolidação da jurisprudência, ingressou no Judiciário para ter reconhecido direito que tinha por certo. Nada mais justo, sob a ótica do princípio constitucional da segurança jurídica.

Mesmo porque, como afirma Barboza (2014, p. 238) em qualquer sistema jurídico, há uma tendência de os Tribunais darem certo peso aos precedentes, independentemente dos méritos intrínsecos da decisão contida neles, o que pode ser fortemente justificado pela necessidade de estabilidade e previsibilidade tanto do direito quanto das decisões judiciais proferidas em nome da lei. E tudo isso é da própria essência de se dar aos cidadãos uma medida tolerável de segurança jurídica e confiança na sua fruição de quaisquer direitos que lhes são conferidos pela lei.

Como já consignado em capítulo anterior, os objetos culturais possuem um processo diferenciado de investigação, onde as soluções encontradas no passado apesar de não mais se aplicarem, integram o processo de conhecimento até a formação de novos significados. Na interpretação jurídica, as decisões pretéritas de casos concretos, servem como pontos de partida para novas interpretações, mesmo sem vincular ou engessar o processo criativo.

Por certo, de forma ainda mais significativa, os precedentes do Supremo Tribunal Federal criaram base qualificada de confiança nos cidadãos-jurisdicionados e constituem, por isso mesmo, força normativa material:

A força normativa material decorre do conteúdo ou do órgão prolator da decisão. Sua força não advém da possibilidade de executoriedade que lhe é inerente, mas de sua pretensão de definitividade e de permanência. Assim, há decisões sem força vinculante formal, mas que indicam a pretensão de permanência ou a pouca verossimilhança de futura modificação. Decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas pelo seu Órgão Plenário [...] manifestam elevado grau de pretensão terminativa, na medida em que permitem a ilação de que dificilmente serão modificadas, bem como uma presunção formal de correção, em virtude da composição do órgão prolator, que cria uma espécie de ‘base qualificada de confiança’. [...] Isso significa, em outras palavras, que, embora a

decisão não tenha eficácia vinculante relativamente às instâncias inferiores e aos órgãos da Administração Pública, não alteradas as circunstâncias, as ações em tramitação que versem sobre a mesma matéria e que não possuam nenhum elemento diferenciador relevante presumidamente terão o mesmo resultado no futuro quando apreciadas pelas instâncias superiores (ÁVILA, 2012, p. 490-491).

Dessa maneira, como já dito, os princípios da segurança jurídica e da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais sobre as quais o Supremo Tribunal Federal não pode permanecer indiferente. De forma natural, a regra geral em caso de superação de precedentes deveria ser a modulação dos efeitos das decisões.

Entretanto, o Brasil não tem um sistema de precedentes organizado. A unificação da jurisprudência tem sido feita por meio de enunciados e súmulas e não via determinados casos que sejam tratados, pelas próprias Cortes, como exemplares de sua posição. Os enunciados e súmulas costumam, por meio de fórmulas genéricas e sem fazer referência a nenhum argumento, indicar para a sociedade o resultado futuro das demandas que versem sobre determinado assunto (RODRIGUEZ, 2010, p. 24).

Rodriguez (2010, p. 24) chama atenção para o interessante fato de que não temos no Brasil a formalização de argumentos, de razões para decidir, mas apenas de resultados, das respostas que serão oferecidas diante de determinada espécie de pedido. Por exemplo, a Súmula 37 do STJ (DJ 17/03/1992, p. 3.172) afirma, simplesmente: “*São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”. Qualquer fundamento jurídico que leve a esta conclusão estará de acordo com a súmula.

Não é de estranhar, portanto, que no Brasil os casos jurisprudenciais costumem ser utilizados “*ad hoc*”, apenas para reforçar a argumentação desta ou daquela posição jurídica sustentada por um juiz, por um advogado ou por um membro do Ministério Público. Eles não têm força vinculante alguma, tampouco a argumentação jurídica dogmática – esta é uma questão importante a se discutir em relação ao tema da segurança jurídica (RODRIGUEZ, 2010, p. 24).

No que se refere especificamente à modulação dos efeitos das decisões do STF, a partir da edição da Lei 9.868/99 (BRASIL, 1999) foi expressamente consagrada esta hipótese nas decisões da Suprema Corte relativas ao controle de constitucionalidade, apesar de acrescidos requisitos específicos para sua aplicação, quais sejam, o quórum de 2/3 dos votos dos Ministros do Supremo, sempre por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A redação do referido ato normativo⁸⁴ trouxe, em princípio, duas dúvidas principais. A primeira, já superada, consistia em saber se a modulação é aplicável também no controle concreto/difuso de constitucionalidade. A resposta é positiva e atualmente não há mais sólidas discussões jurídicas a esse respeito – Cf. RE 273074 AgR (BRASIL, 2007).

A segunda dúvida, também recentemente superada, consistia em definir se somente a declaração de inconstitucionalidade pode motivar a modulação dos efeitos da decisão do STF ou se seria possível aplicar tal instituto em qualquer caso no qual se verifique a necessidade de preservar a segurança jurídica ou o excepcional interesse social.

Nesse particular (alteração de jurisprudência e modulação dos efeitos da decisão), há precedentes importantes do STF que modulam os efeitos das decisões da Corte em razão de mudança de jurisprudência do próprio Supremo, tenha ou não ocorrido a pronúncia de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que mesmo a mudança jurisprudencial pode causar transtornos quanto à segurança jurídica.

A mutação constitucional (ou interpretação evolutiva – incluindo a mudança de jurisprudência), como já afirmado, longe de ser algo ruim para o direito e para a sociedade, configuram-se como aspectos essenciais à manutenção da paz e na estabilidade nas relações sociais, pois, em tese, tendem a acompanhar a própria evolução da sociedade.

Nesse contexto, é inafastável a constatação que mudanças de entendimento ocorrem pela pressão levada a efeito pela maioria ou por pressões exercidas por determinados setores da sociedade, mas que não representam a sociedade em geral, atendendo apenas a seus interesses. De mais a mais, mudanças de jurisprudência ocorrem com maior frequência com a mudança na composição da corte ou no convencimento do julgador.

Não se negam os benefícios havidos com nova composição que oxigena a corte com pensamentos atualizados, tampouco da mudança de convicção por argumentos mais consistentes (isto sem mencionar a possibilidade de o Tribunal reconhecer erro na aplicação da norma e corrigir seu posicionamento), mas é de se observar a possibilidade de mudanças de entendimento que não reflitam a princípio uma mudança nos anseios da sociedade.

⁸⁴ Para lembrar a redação do dispositivo: Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

Concordo com Pedra (2011, p. 31-32) quando o mesmo afirma que, a partir da observação da jurisprudência do STF, pode-se verificar a ocorrência de uma interpretação evolutiva, com a reconstrução do direito constitucional dinamicamente, na medida das exigências mutantes da realidade social. E esta interpretação evolutiva, que invariavelmente gera a mudança de jurisprudência, mostra-se extremamente adequada às Constituições que, como a brasileira, contemplam em si finalidades distintas, absolutamente diversas. Temos uma sociedade plural e em constante transformação; assim também deve ser o direito e a interpretação do Supremo.

Bem, o precedente mais recente da Suprema Corte brasileira relativo à mudança de jurisprudência e modulação dos efeitos das suas decisões é emblemático para a compreensão do entendimento atual do STF e da crítica que será feita no tópico posterior. No Recurso Extraordinário (Repercussão Geral) nº 630.733 (BRASIL, 2013b) o Supremo assim decidiu:

1. Recurso extraordinário. 2. Remarcação de teste de aptidão física em concurso público em razão de problema temporário de saúde. 3. Vedação expressa em edital. Constitucionalidade. 4. Violação ao princípio da isonomia. Não ocorrência. Postulado do qual não decorre, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público em virtude de situações pessoais do candidato. Cláusula editalícia que confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. 5. Inexistência de direito constitucional à remarcação de provas em razão de circunstâncias pessoais dos candidatos. **6. Segurança jurídica. Validade das provas de segunda chamada realizadas até a data da conclusão do julgamento.** 7. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 630.733, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013) – Grifei.

Como se extrai dos fundamentos do voto do Ministro Relator (BRASIL, 2013b), a questão central discutida no referido recurso foi se a existência de norma editalícia que previa a impossibilidade de remarcação do teste físico para data diversa daquela prevista no edital do certame, em virtude de alterações pessoais orgânicas e/ou fisiológicas temporárias do candidato, violaria o postulado da isonomia.

Ainda no voto do Relator, restou bem explicitado que a Suprema Corte tinha precedentes no sentido de que a remarcação do teste de aptidão física para data diversa daquela prevista no edital do certame, em virtude da ocorrência de caso fortuito que comprometa a saúde do candidato, devidamente comprovado por atestado médico, não afrontaria o princípio da isonomia.

O ministro Gilmar Mendes citou, então, os seguintes precedentes, todos diametralmente opostos ao entendimento que se estava prestes a exarar: RE 179.500, Rel. Min. Marco Auréio; AI-AgR 825.545, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE-AgR 584.444, Rel. Min. Joaquim Barbosa e RE 351.142, Rel. Min. Ellen Gracie.

Sem entrar no mérito das razões pelas quais o Supremo alterou seu entendimento, importa analisar os fundamentos da modulação dos efeitos da decisão na hipótese. E esses fundamentos são todos relacionados ao princípio da segurança jurídica. Senão vejamos.

O Ministro Gilmar Mendes (2013) expôs que em casos como o analisado “*em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica*”. Essa, segundo o Ministro, tem sido a praxe no Supremo Tribunal Federal, quando há modificação sensível de jurisprudência.

Como exemplo, foi citada a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 (DJ 9.11.2001), em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula n. 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

Ademais, foi referenciada a decisão no Conflito de Competência n. 7.204/MG, Rel. Min. Ayres Britto (BRASIL, 2005b), por meio da qual se fixou o entendimento de que:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

No âmbito do controle de constitucionalidade difuso, o STF estabeleceu como precedente o julgamento do HC n. 82.959, em que restou declarada, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal.

Foi recordado, ainda, o importante caso da fidelidade partidária, no qual a Suprema Corte, ante a completa mudança que se operava, naquele momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendeu que os efeitos de sua decisão deveriam ser modulados no tempo, fixando o marco temporal desde o qual tais efeitos pudessem ser efetivamente produzidos, especificamente a data da decisão do Tribunal

Superior Eleitoral na Consulta n. 1.398/2007, Rel. Min. César Rocha, que ocorreu na Sessão do dia 27 de março de 2007.

O caso da fidelidade partidária teve como precedentes paradigmáticos os Mandados de Segurança n 26.602, 26.603 e 26.604 - todos julgados em 2008, ano escolhido como marco temporal para a presente investigação acadêmica (BRASIL, 2008a). Para enfatizar e por tratarem expressamente da matéria, transcrevo os trechos pertinentes das ementas dos acórdãos:

ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MARCO TEMPORAL A PARTIR DO QUAL A FIDELIDADE PARTIDÁRIA DEVE SER OBSERVADA [27.3.07].

[...]

3. O instituto da fidelidade partidária, vinculando o candidato eleito ao partido, passou a vigorar a partir da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à Consulta n. 1.398, em 27 de março de 2007.

(MS 26602, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008 EMENT VOL-02337-02 PP-00190 RTJ VOL-00208-01 PP-00072)

[...]

MARCO INICIAL DA EFICÁCIA DO PRONUNCIAMENTO DESTA SUPREMA CORTE NA MATÉRIA: DATA EM QUE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL APRECIOU A CONSULTA Nº 1.398/DF - OBEDIÊNCIA AO POSTULADO DA SEGURANÇA JURÍDICA - A SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E LEGISLATIVOS PRATICADOS PELOS PARLAMENTARES INFIÉIS: CONSEQUÊNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA INVESTIDURA APARENTE – O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A RESPONSABILIDADE POLÍTICO-JURÍDICA QUE LHE INCUMBE NO PROCESSO DE VALORIZAÇÃO DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO – O MONOPÓLIO DA "ÚLTIMA PALAVRA", PELA SUPREMA CORTE, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL.

[...]

REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. – Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. – Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal. Doutrina. Precedentes. – A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a

partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. – Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. – O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. – No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. – A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS 26603, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318)

[...]

PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL: MARCO TEMPORAL FIXADO EM 27.3.2007.

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. (MS 26604, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-02 PP-00135 RTJ VOL-00206-02 PP-00626).

Ressalto, neste particular, que no caso da fidelidade partidária não se tratou de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a modulação dos efeitos da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/99. O caso – e aqui interessa ao presente trabalho – foi de substancial mudança de jurisprudência, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impôs ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, a tarefa de proceder à ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que pudesse melhor traduzir a mutação constitucional operada.

Em sentido semelhante decidiu a Corte no julgamento do RE 637.485 (BRASIL, 2012, Rel. Gilmar Mendes), no qual o Plenário determinou a observância da anterioridade eleitoral pelo TSE também nos casos de abrupta mudança jurisprudencial – não necessariamente estabelecendo controle de constitucionalidade.

Por fim, mas não menos importante, cumpre destacar que a orientação do Supremo de modulação dos efeitos das decisões em caso de mudança de sua jurisprudência somente se aplica quando se tratar de mudança de jurisprudência efetivamente consolidada, isto é, a alteração de entendimento em breve espaço de tempo não é suficiente para embasar a modulação dos efeitos da decisão, segundo o próprio STF⁸⁵, conforme a teoria que me baseei no início deste capítulo.

4.2 Mudança de Jurisprudência das Cortes Infraconstitucionais: crítica ao atual entendimento do STF

Por pertinente, cumpre consignar de início uma contundente crítica de Mendes (2011, p. 355) à prática processual-constitucional levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o autor, um Tribunal Constitucional costuma ser o principal candidato ao título de instituição deliberativa exemplar. Esse título não se presume nem é automático. Precisa ser conquistado. A corte deve ser interpelada pelo seu desempenho deliberativo, afinal é disso que sua reputação e legitimidade dependem.

Seguindo o que já foi explicado anteriormente sobre a teoria de Dworkin, na jurisdição constitucional, de forma ainda mais peculiar, são necessárias justificações acerca de elementos políticos e sociais das decisões, pela sensibilidade dos temas tratados, e pela participação cada vez maior dos jurisdicionados nos processos que afetam os rumos de sua nação.

⁸⁵ Seria, no entendimento da Corte, uma espécie de violação da segurança jurídica às avessas. Nesse sentido, Cf. o RE 353.657, que assim estabelece em sua ementa: IPI - INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – AUSÊNCIA DE DIREITO AO CREDITAMENTO. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da Constituição Federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI – INSUMO – ALÍQUOTA ZERO – CREDITAMENTO – INEXISTÊNCIA DO DIREITO – EFICÁCIA. Descabe, em face do texto constitucional regedor do Imposto sobre Produtos Industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica. (RE 353657, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-03 PP-00502 RTJ VOL-00205-02 PP-00807).

Para isso, a decisão deve possuir o poder de convencer, de que o subjetivo passe a ser objetivo, sendo aceito pela coletividade pelos seus fundamentos. Essa transição entre o subjetivo e o objetivo se dá pelo processo de justificação e persuasão racional, que torna aceito e faz com que terceiros adotem uma posição que era primariamente subjetiva, garantindo que, ao sair de um mesmo ponto de partida, a conclusão geral sobre uma mesma questão seja semelhante. Só a partir dessa legitimação, que essas questões sensíveis podem ser reguladas por uma norma individual⁸⁶.

Com efeito, como argumenta Habermas (1997, p. 246), “o princípio da segurança jurídica exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida” e “a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões” que “devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito” – e acrescento eu, pela comunidade.

Porém, segundo Mendes (2011, p. 357), há, na prática decisória do STF, sintomas preocupantes que sugerem um caráter predominante agregativo do tribunal. Em primeiro lugar, segundo o autor, gera óbvia suspeita à baixa frequência de mudança de posicionamentos no julgamento. O fato de que os votos já chegam prontos e são, com muita frequência, meramente lidos na sessão pública, dá alguma medida do descaso relativo à opinião dos outros membros. Parece evidente não haver consciência do valor da convergência de posições individuais quando não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada, apesar de percorrerem caminhos diversos.

Há também uma atitude estratégica em relação aos precedentes, fontes permanentes de fundamentação da decisão do STF, mas articulados, segundo Mendes (2011, p. 358) de maneira assistemática e arbitrária. Isso dificulta a percepção e reconstrução de uma linha jurisprudencial mais clara, a identificação de uma *ratio decidendi* que possa ser generalizada.

Ainda segundo Mendes (2011, p. 359), não se pode deixar de mencionar certa tendência de estilo que foge aos padrões mais desejáveis de uma boa fundamentação constitucional. Cada voto é geralmente pensado como uma peça de erudição individual, quando não escorrega para exercícios beletristas fora de lugar, ou quando não reproduz o estilo de um

⁸⁶ Barboza (2014, p. 243) compartilha dessa preocupação quando afirma que “em virtude do caráter aberto das normas relativas aos direitos e princípios constitucionais, é necessário que os Ministros do STF lhe deem conteúdo e significado. A insegurança a respeito aparece na medida em que essas normas têm conteúdo moral ou político, muitas vezes sem consenso a respeito de sua interpretação por parte da comunidade, e caberá a um grupo de Ministros não eleitos pelo povo a definição da moralidade política na comunidade ao decidir o caso concreto”.

manual didático enciclopédico, perdendo qualquer contato com o caso concreto. Há um apego evidente à autoria individual, e não à autoria institucional. Decisões são frequentemente prolixas e apelam para um grande volume de argumentos de autoridade, em prejuízo da formulação de uma posição coesa e transparente, simples e objetiva. Em suma, tudo isso mostra a prevalência do caráter agregativo do tribunal, e é sinal de seu baixo grau de institucionalidade.

E isso tudo contribui, indubitavelmente, para o problema que agora apresento.

Bem, ao passo em que a questão sobre a modulação dos efeitos das decisões está praticamente definida quando se trata de mudança de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, no que concerne às decisões da Corte Suprema que alteram substancialmente decisões dos Tribunais infraconstitucionais, o problema já não é tão fácil de resolver.

O que mais chama atenção nesses casos é a ausência de agilidade, constância e previsibilidade nas decisões. Para ilustrar o que estou argumentando, eis um famoso precedente do Supremo em matéria tributária julgado no ano de 2008:

EMENTA: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS À LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. **MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.** I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, b, III, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica. II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes. IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. **V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento.** (RE 556664, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, REPERCUSSÃO GERAL -

MÉRITO DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-10 PP-01886) – Grifos meus.

Como facilmente se pode observar, o Supremo Tribunal, a favor da Fazenda Nacional, modulou os efeitos da sua decisão com fundamento no princípio da segurança jurídica. Permitiu, no caso concreto e nos similares (efeitos *erga omnes*), que contribuições sociais cobradas com base em lei reconhecidamente inconstitucional permanecessem “legítimas”. Contribuintes cobrados indevidamente não puderem repetir o indébito, pois o STF considerou que isso geraria insegurança jurídica.

Bem verdade que não se tratou efetivamente de alteração de jurisprudência consolidada anteriormente. Todavia, tratou-se de julgamento em que se enfrentou uma inconstitucionalidade manifesta na visão do STF, pois uma lei ordinária invadiu a esfera de regulamentação reservada à Lei Complementar. Ou seja, uma lei ordinária, de forma inconstitucional, previu por longos anos um prazo prescricional de dez anos para as contribuições sociais, enquanto a Constituição estabelece que tal prazo, que é de cinco anos, só pode ser estabelecido por Lei Complementar.

Para não gerar situações jurídicas incertas e, ainda, de modo a evitar diversas ações contra a Fazenda Pública, optou-se por preservar os recolhimentos efetuados até a data de conclusão do julgamento – friso: recolhimentos efetuados com base em norma manifestamente inconstitucional.

Em que pesem as justificativas apresentadas pelo Supremo, Ávila (2012, p. 565-566) considera que em caso como o exposto, fica evidente que tal manutenção de efeitos no caso da instituição de obrigações tributárias mais restringe que promove a segurança jurídica: ao manter os efeitos passados da norma inconstitucional, pretendendo proteger a segurança jurídica no passado, restringe-se, ainda em maior medida, a segurança jurídica no futuro, pelo incentivo à edição de novas normas inconstitucionais e, portanto, pelo estímulo à restrição da eficácia e da calculabilidade do Direito.

Em verdade, Ávila (2012, p. 566-567) defende que, em decisões que afetem direitos fundamentais – como é o caso de várias normas de direito constitucional tributário –, o STF jamais poderia conferir efeitos *ex nunc* às suas decisões, ou seja, nunca poderia conferir efeitos prospectivos em desfavor do contribuinte:

A atribuição de efeitos futuros à decisão de inconstitucionalidade de lei tributária ainda é irreconciliável com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. Isso fica claro quando se analisam a função e eficácia dos direitos fundamentais. Eles assumem a função de *normas objetivas*, bem como de *direitos subjetivos*. Quando são violados, eles funcionam como *direitos de defesa*, com a finalidade de afastar restrições do Estado e dos particulares, e como *deveres de proteção*, com o objetivo de obrigar o Estado a adotar os comportamentos necessários à sua proteção. Assim, se eles não foram violados, os direitos fundamentais funcionam como *normas de prevenção* contra a violação dos bens jurídicos, estados ou sujeições por eles protegidos (*Präventionsnormen*). Se eles foram violados, eles funcionam como *normas de restituição* ou de *restabelecimento* dos bens jurídicos, estados ou sujeições por eles protegidos (*Restitutionsnormen*). Acrescente-se a isso o fato de a Constituição postular a sua obediência, os direitos fundamentais terem eficácia imediata e vincularem os três poderes (art. 5º, § 1º, d CF/88) e não poderem ser modificados nem por emenda constitucional (art. 60, § 4º). Qualquer tipo de violação de direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, de propriedade, de igualdade ou mesmo de proteção judicial, é incompatível com a Constituição. – Grifos meus.

Concordo com a posição de Ávila no caso exposto.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal conseguiu errar ainda de forma pior. Desde 2008 (marco temporal estabelecido para o presente estudo), em pelo menos sete situações análogas à acima descrita, isto é, casos em que se discutiram problemas de normas tributárias relativas à ausência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, a possibilidade de modulação em casos de mudança de jurisprudência das cortes infraconstitucionais já foi analisada pelo STF: RE 377.457 (BRASIL, 2008c), RE 381.964 (BRASIL, 2009b), RE 534.964 AgR (BRASIL, 2008d), RE 549.279 – AgR (BRASIL, 2008e), RE 587.604 AgR (BRASIL, 2008f), RE-ED 592.148-4 (BRASIL, 2009a) e AI 633.563 AgR-ED (BRASIL, 2011).

Em todos os casos a modulação dos efeitos da decisão foi rejeitada e o que chamou mais a atenção do ponto de vista jurídico é que se tratava de decisão do Supremo Tribunal Federal que modificava entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, nos casos paradigmáticos tratados nos processos acima descritos, o Supremo Tribunal Federal julgou de forma absolutamente contrária ao entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça no verbete nº 276⁸⁷ (publicado no DOU de 02/06/2003).

Sem entrar no mérito da decisão, que girou, como dito, em torno da discussão sobre a inexistência de hierarquia entre Lei Complementar e Lei Ordinária, o fato social, econômico e

⁸⁷ A Súmula nº 276 do STJ estabelecia que: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”. Após os julgamentos do STF o verbete foi cancelado pelo STJ em 1/11/2008 no julgamento da Ação Rescisória n. 3.761. Mais adiante analisarei diretamente o posicionamento do STF.

juridicamente relevante foi a abrupta alteração de jurisprudência de alta Corte brasileira, sem prospecção dos efeitos da decisão pelo STF.

O julgamento do RE-ED 592.148-4 (BRASIL, 2009a) reflete perfeitamente o entendimento vencedor majoritário e a posição dos ministros vencidos:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – SOCIEDADE CIVIL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS RELATIVOS AO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO LEGALMENTE REGULAMENTADA – COFINS – MODALIDADE DE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – OUTORGA DE ISENÇÃO POR LEI COMPLEMENTAR (LC Nº 70/91) – MATÉRIA NÃO SUBMETIDA À RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE LEI ORDINÁRIA (LEI Nº 9.430/96) PARA REVOGAR, DE MODO VÁLIDO, A ISENÇÃO ANTERIORMENTE CONCEDIDA PELA LC Nº 70/91 – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL – A QUESTÃO CONCERNENTE ÀS RELAÇÕES ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA – INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO HIERÁRQUICO-NORMATIVO ENTRE A LEI COMPLEMENTAR E A LEI ORDINÁRIA – ESPÉCIES LEGISLATIVAS QUE POSSUEM CAMPOS DE ATUAÇÃO MATERIALMENTE DISTINTOS – DOCTRINA – PRECEDENTES (STF) – **INAPLICABILIDADE, AO CASO, DA DOCTRINA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRETENSÃO QUE, EXAMINADA NOS "LEADING CASES" (RE 377.457/PR E RE 381.964/MG), NÃO FOI ACOLHIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA, QUE ENTENDE CABÍVEL, TENDO EM VISTA AS PECULIARIDADES DO CASO, A OUTORGA DE EFICÁCIA PROSPECTIVA – CONSIDERAÇÕES DO RELATOR (MIN. CELSO DE MELLO) SOBRE OS POSTULADOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DOS CIDADÃOS EM SUAS RELAÇÕES COM O PODER PÚBLICO E, AINDA, SOBRE O SIGNIFICADO E AS FUNÇÕES INERENTES À SÚMULA DOS TRIBUNAIS – OBSERVÂNCIA, CONTUDO, NO CASO, DO POSTULADO DA COLEGIALIDADE** – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (RE 592148 ED, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 10-09-2009 PUBLIC 11-09-2009).

O que aconteceu nesses casos, em palavras simples, foi que cidadãos – contribuintes foram pegos de “surpresa” pelo entendimento do Supremo e, em face do efeito *ex tunc* conferido à decisão, acabaram obrigados a pagar tributos que não recolhiam amparados em entendimento estampado na Súmula de Jurisprudência do STJ. Evidentemente tal decisão repercutiu fortemente na economia e ocasionou certa instabilidade social e abalo na credibilidade das instituições de governo.

Com efeito, o problema aqui tratado ganha ainda contornos mais graves porquanto estamos diante de um caso envolvendo direito tributário, em específico, limitações ao poder de tributar, que se constitui, segundo entendimento do próprio Supremo, um direito fundamental⁸⁸.

Nesse diapasão, no âmbito do Direito Tributário, de forma especial, a mudança jurisprudencial pode afetar desfavoravelmente quem atuou confiando na mudança da decisão anterior e efetuou todos os seus cálculos econômicos com base no quadro normativo anterior. A aplicação do novo entendimento também a esses casos causa efeitos restritivos de direitos fundamentais: como os atos voluntariamente praticados foram baseados em um cálculo econômico realizado com base no entendimento jurisprudencial abandonado, a aplicação àqueles do novo entendimento gera não só um sentimento de injustiça, como também um sentimento de descrença com relação ao Direito (ÁVILA, 2012, p. 471) e às instituições do sistema de justiça.

Pertinente sobre esse aspecto, o voto do Ministro Celso de Mello na MC na AC n. 1.886 (BRASIL, 2008g), quando fez referência genérica à mudança jurisprudencial, porém relativa especificamente a processo envolvendo matéria tributária:

Esse quadro de divergências decisórias, especialmente porque delineado no âmbito desta Suprema Corte, compromete um valor essencial à estabilidade das relações entre o Poder Público, de um lado, e os contribuintes, de outro, gerando situação incompatível com a exigência de segurança jurídica, que se agrava ainda mais por se instaurar em matéria tributária, em cujo âmbito se põem em evidência as relações sempre tão estruturalmente desiguais entre o Estado e as pessoas em geral.

Sem forçar qualquer tipo de interpretação, podemos perceber que a dignidade do cidadão não estará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam, sendo atingidas por tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo as instituições do sistema de justiça) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Em outras palavras, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica (decisões judiciais fazem parte, por certo, da ordem jurídica) acabaria por transformar os cidadãos em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade.

⁸⁸ Nesse sentido, Cf. RE 636.941, Rel. Min. Luiz Fux (BRASIL, 2014b).

A uniformidade do direito nas decisões judiciais é parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito. Até porque é legítima a expectativa daquele que se encontra em situação similar à decisão já julgada pelo Judiciário de não ser surpreendido por decisão diversa (MARINONI, p. 107).

Como a orientação jurisprudencial anteriormente existente (e na qual o indivíduo confiou) foi abandonada, este tenderá a deixar de orientar-se novamente com base em outra orientação jurisprudencial, com receio de que esta também possa vir a ser futuramente abandonada. Ou seja, a mudança jurisprudencial, pura e simples (isto é, sem qualquer mecanismo de prevenção contra a insegurança), provoca um déficit de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico: se a orientação jurisprudencial anterior não for mantida, haverá surpresa e frustração, abaladoras dos ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico; se a orientação jurisprudencial anterior for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito (ÁVILA, 2012, p. 471-472).

Ademais, há que se levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais têm sido considerados, de forma consensual, uma exigência inarredável de dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica (SARLET, 2012, P. 443-444).

Cunha Júnior (2007, p. 1999) já alertava sobre os eventuais perigos que o mau uso da faculdade prevista no art. 27 da Lei n° 9.868/99 poderia gerar para o cidadão, sobretudo em matéria tributária. O autor citou o exemplo da Suprema Corte norte-americana que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei que havia instituído ou majorado tributo, vem emprestando à decisão efeito constitutivo (*ex nunc*), com o que retira do contribuinte a possibilidade de o mesmo restituir-se do que pagou indevidamente, sob o argumento de que já desfrutara dos benefícios

proporcionados pelo emprego do dinheiro recolhido pelo tributo. Essa jurisprudência da Suprema Corte americana, para o autor, seria absolutamente incompatível com a realidade brasileira.

Ora, na jurisdição constitucional, existe, via de regra, uma posição diferenciada das Cortes Constitucionais (ou quem lhes faça às vezes, como é o caso do Supremo no Brasil) dentro da estrutura dos estados democráticos, além do fato de que a competência destas é voltada à aplicação de normas que por definição possuem altíssimo grau de abstração e generalidade.

Essas Cortes, que possuem a última palavra na interpretação e concretização do texto constitucional, inclusive com apoio social em suas jurisdições, acabaram por adentrar o campo do poder legislativo, criando e modificando a Constituição em seus julgamentos e teses, fazendo da Constituição aquilo que as cortes entendem que ela seja. Assim são todos os países que atribuem ao judiciário poderes finais no sentido da interpretação da Constituição.

E, de fato, isso só aumenta o sério problema que agora passo a enfrentar: como explicar para a sociedade que, de uma hora para outra, suas atitudes, amparadas por decisão solidificada do Superior Tribunal de Justiça – entendimento sumulado – não estão mais corretas, embora tal “correção” tenha sido feita pelo Supremo? Para ilustrar a amplitude do problema, utilizarei partes do voto proferido pelo Ministro Celso de Melo no RE 592.148-4. Na ocasião, o Ministro manifestou entendimento divergente da maioria, porém em homenagem ao princípio da colegialidade das decisões nos tribunais, curvou-se à decisão da maioria.

O entendimento do Ministro Celso de Melo favoravelmente à pretendida modulação dos efeitos da decisão emanada da Suprema Corte no RE 592.148-4 se dá justamente em razão das circunstâncias dos casos examinados – decisão do STF que altera jurisprudência consolidada do STJ. A compreensão em torno desse tema, exatamente como é o ponto de vista aqui defendido, apoia-se em razões de segurança jurídica, a justificar a adoção dessa medida excepcional.

Bem. O Superior Tribunal de Justiça, após reiteradas decisões que proferiu sobre a matéria, veio a sumular, em 2003, o entendimento jurisprudencial daquela Corte, nos termos constantes da Súmula 276/STJ: “*As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado*”.

Essa diretriz jurisprudencial, consolidada na Súmula n.º. 276/STJ e que vigorou por cinco anos, veio a prevalecer no âmbito do Superior Tribunal de Justiça após ampla discussão sobre a controvérsia jurídica em questão.

Esse dado, no entender do Ministro Celso de Melo (com quem concordo totalmente):

[...] assume extrema importância, pois coloca em pauta a questão relevantíssima da segurança jurídica, que há de prevalecer nas relações entre o Estado e o contribuinte, em ordem a que as justas expectativas deste não sejam frustradas por atuação inesperada do Poder Público, como sucederia em situações, como a ora em exame, em que se registra clara ruptura de paradigmas, com a prolação de decisão que evidentemente onera a esfera jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária. RE-ED 592.148-4 (BRASIL, 2009a).

Segundo o Ministro Celso de Melo (BRASIL, 2009a), o postulado da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais sobre o Supremo Tribunal Federal não pode permanecer indiferente. Mesmo porque, a Constituição de 1988 foi redigida sob a influência dos ideais do Preâmbulo, dentre eles, a segurança, que só é efetiva com a fruição dos direitos fundamentais (CARACILLO, 2012, p. 127).

Na realidade, explica o Ministro, os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se manifeste alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pela jurisprudência.

Dessa forma, defende o Ministro Celso de Melo que a ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais (decorrente da salutar evolução da hermenêutica constitucional), por tal razão, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica (BRASIL, 2009a).

Com efeito, a mudança jurisprudencial levada a efeito pelo Supremo atingiu a capacidade do indivíduo – contribuinte de poder conhecer a regra que regulou a sua ação, assim como a faculdade de poder medir as consequências jurídicas atribuídas àquela pelo ordenamento jurídico. A mudança jurisprudencial operou, incorretamente, de forma retroativa, pois é indubitável que o comportamento do contribuinte dependeu da solução jurisprudencial existente na época dos fatos.

Por oportuno, acrescento que quando falo em segurança estou a apontar também para o fato de que o STF deve, sim, de acordo, com certos requisitos, observar as diferentes decisões emanadas dos Tribunais brasileiros, devendo ter preocupação com as decisões já tomadas anteriormente pelos Tribunais Superiores, para que não haja afronta ao princípio da segurança jurídica, estabilidade, previsibilidade e igualdade.

Como já ficou assentado, o princípio da segurança jurídica exige cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito. O indivíduo precisa conhecer a regra que regula a sua ação, de modo a que possa calcular as consequências que serão àquela atribuídas pelo ordenamento jurídico. Não há calculabilidade quando o indivíduo não consegue minimamente antecipar as consequências jurídicas de seus atos. Sem calculabilidade o indivíduo não tem liberdade jurídica de ação, na medida em que não tem como deliberar a respeito dos efeitos jurídicos a serem atribuídos à ação que quer adotar (ÁVILA, 2012, p. 485).

Isso significa dizer que a cognoscibilidade e a calculabilidade do Direito implicam a capacidade de o indivíduo poder conhecer a norma (ou posição jurisprudencial) que regula a sua ação e poder minimamente medir as consequências jurídicas que ela lhe atribui.

Conhecendo a regra que regula a sua ação e medindo os efeitos que ela lhe atribui, a decisão de agir envolve um ato de liberdade e de responsabilidade: de liberdade, na medida em que o indivíduo, podendo agir ou não agir, e podendo agir em um ou em outro sentido, decide adotar um comportamento que se enquadra na hipótese de uma regra; de responsabilidade, porque o indivíduo, tendo possibilidade de calcular os efeitos atribuídos pela regra à sua conduta, opta pela ação e, com isso, decide aceitar a imposição dos referidos efeitos (ÁVILA, 2012, p. 485).

É precisamente em virtude dessas razões que a segurança jurídica não tolera a retroatividade.

É que a retroatividade faz com que o indivíduo atue com base na norma vigente no tempo da sua ação, no entanto tenha a sua conduta valorada com base noutra norma, inexistente e incapaz de consideração no momento em que foi adotada. A retroatividade contradiz, portanto, as exigências de cognoscibilidade e de calculabilidade do Direito: o indivíduo age com base em uma regra, por aceitar as consequências jurídicas atribuídas pelo ordenamento jurídico à sua ação, mas, depois, tem o seu comportamento regulado por outra norma, que desconhecia, e cujas consequências jurídicas não tinha como considerar (ÁVILA, 2012, p. 485).

A retroatividade elimina, assim, tanto a liberdade quanto a responsabilidade. Elimina a liberdade, porque subtrai do indivíduo a capacidade de decidir entre agir ou não agir, e entre agir em um ou em outro sentido com base no ordenamento jurídico. Como o comportamento já foi adotado, e o foi sem levar em consideração as consequências jurídicas decorrentes da aplicação da nova norma, então inexistente, o indivíduo não apresenta qualquer capacidade de medição de consequências nem de eventual reação no que concerne à adoção, ou não, de condutas (ÁVILA, 2012, p. 485-486).

A retroatividade elimina também a responsabilidade, eis que como o indivíduo age pensando estar sendo regulado por uma norma, mas termina sendo regulado por outra, ele não é responsável pelo sentido jurídico da sua ação, porquanto não tem capacidade de entendimento dos efeitos jurídicos, nem de determinação de vontade relativamente à prática de atos cuja ocorrência desencadeia a sua aplicação (ÁVILA, 2012, p. 486).

Ao lado dessa preocupação, há outra em relação à coerência entre as decisões do Supremo Tribunal Federal, ou seja, de que modo o Tribunal, no exercício da Jurisdição Constitucional, deve respeitar e se vincular a seus próprios precedentes (BARBOZA, 2014, p. 243), como, também, a preocupação com a abrupta alteração da jurisprudência pacífica dos tribunais superiores, mesmo porque “*a jurisprudência está configurada segundo a aplicação de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas*” (HABERMAS, 1997, p. 257).

Todavia, apesar dessas ponderações, o entendimento que prevaleceu no STF foi de que, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes (2008c), “*tratando-se, inequivocamente, de matéria propriamente constitucional (...), incumbe a esta Corte – STF –, em caráter exclusivo ou conclusivo, apreciar e definir a questão, não se lhe opondo o entendimento de outro Tribunal*”. – Grifei.

Bem, essa decisão do Supremo, como o devido respeito, foi incorreta. Não se pode desconhecer que, na cláusula constitucional que contempla o direito à segurança, inclui-se a positivação do direito à segurança jurídica, sob pena de se ignorar, com grave lesão aos cidadãos, o atributo da previsibilidade das ações estatais, que norteia e estimula a adoção de padrões de comportamento por parte das pessoas em geral (e dos contribuintes em particular).

Em primeiro lugar, ao superar um enunciado de súmula de Tribunal Superior, o STF, por meio de interpretação judicial, provocou uma mudança nos parâmetros normativos, ou seja, houve, a bem da verdade, uma mutação.

Em segundo lugar, o não afastamento dos efeitos pretéritos da decisão causou efetivamente uma instabilidade institucional, forçando inclusive o Superior Tribunal de Justiça a revogar seu entendimento sumular, que já vigorava há mais de cinco anos.

Em terceiro lugar, a manutenção de efeitos retroativos da decisão prejudicou cidadãos – contribuintes que por anos guiaram suas ações confiando no entendimento sumulado de Tribunal Superior.

E, em quarto lugar, se houvesse a manutenção dos efeitos passados, isto é, se houvesse a modulação, não haveria incentivo à prática futura de atos inconstitucionais, tendo em vista que os demais Tribunais do país, assim como o Poder Legislativo⁸⁹, foram devidamente informados sobre o posicionamento da mais alta Corte do país.

Acrescento, ainda, que apesar da matéria de fundo⁹⁰ estar atualmente pacificada no STF, nada impede que no futuro isso seja alterado, tendo em vista que há ainda divergência doutrinária a respeito do assunto.

Ressalto, por outro lado, que, a exemplo de Barboza (2014, p. 241), não defendo que haja uma adesão estrita ou cega aos precedentes, mas deve-se ter em vista que as pessoas, segundo o princípio da equidade, têm direito a ser tratadas com igual consideração e respeito, devendo, portanto, decidir-se se aplicando não necessariamente a decisão anterior ou sua *ratio*, mas os princípios que a fundamentaram.

Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos. Nessa perspectiva, o princípio da segurança jurídica supõe que o direito (ou sua fundamentação) seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis⁹¹.

⁸⁹ Mesmo porque, como é assente na doutrina Constitucional, o Poder Legislativo não fica vinculado às decisões do Supremo acerca da inconstitucionalidade de atos normativos.

⁹⁰ Existência de hierarquia ou não entre Lei complementar e Lei Ordinária

⁹¹ A tese que estou a defender seria viável ainda que o STF não utilize ou venha a utilizar a teoria de Dworkin e prefira utilizar a Teoria da Ponderação de Alexy, porquanto no dizer de Borowski (2003, p. 58): “Es posible construir un sistema coherente de relaciones de precedencia a partir de la multiplicidad de las decisiones que son producto de la ponderación. La coherencia de sistema normativo es una exigencia científica elemental. En toda decisión tomada por ele aplicador del derecho se establecen nuevas determinaciones que pueden ser desarrolladas de manera cada vez más clara, hasta conformar un sistema de relaciones abstractas de precedencia. Cuando se quiera introducir una decisión divergente en el sistema, se tiene entonces la carga de la argumentación. De esta forma se estructura una teoría de la formación de precedentes. Si se entiende la jurisprudencia de la Corte Constitucional con un sistema de estas características, se genera seguridad jurídica”. – Grifei.

De mais a mais, a segurança jurídica não se realiza quando os Tribunais inferiores decidem diversamente os Tribunais Superiores, quando turmas ou câmaras de um mesmo Tribunal decidem de modo divergente entre si. Do mesmo modo, é violado o princípio da segurança jurídica quando o Tribunal Superior desrespeita sua própria prática e seus próprios precedentes (BARBOZA, 2014, p. 237).

Acrescento que também não haverá segurança jurídica quando o Supremo Tribunal Federal não modular sua decisão nos casos em que ele alterar jurisprudência pacificada em Tribunais superiores, notadamente quando tal entendimento jurisprudencial estiver sedimentado em súmula.

Neste sentido Ávila (2012, p. 493) defende que:

[...] quanto maior for a *finalidade orientadora da decisão*, tanto maior deve ser a protetividade da confiança nela depositada pelo contribuinte. Nesse ponto há duas questões a diferenciar. A finalidade orientadora pode decorrer indiretamente da própria força vinculativa e da pretensão de permanência da decisão: como a decisão tem força normativa e indica o entendimento provavelmente definitivo do Poder Judiciário sobre determinada matéria, ela serve de base normativa para o comportamento dos jurisdicionados. Contudo, há, também, a finalidade orientadora decorrente da própria função da decisão: as decisões de alguns órgãos e de alguns Tribunais são destinadas, especificamente, a orientar os Tribunais inferiores, diretamente, e os destinatários das normas interpretadas, indiretamente, por meio de expedientes de uniformização. É o caso, por exemplo, das decisões das Seções do Superior Tribunal de Justiça e das decisões que são objeto de súmula. O seu caráter orientador é, literalmente, “superior”. – Grifei.

No caso concreto (que, mudando o que deve ser mudado, pode ser estendido para outras situações), a instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes – cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta do que se continha na Súmula 276/STJ –, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da COFINS.

A sociedade contemporânea está na busca da certeza, da segurança, da redução dos riscos em uma sociedade fluida, líquida, que valoriza as apostas e o desconhecimento do futuro (BELLO FILHO, 2011, p. 121). A estabilidade das decisões judiciais ou de seus fundamentos, portanto, não pode ser encarada como algo reacionário, como algo que poderia engessar a

sociedade. De igual modo, buscar a previsibilidade das decisões não pode ser vista como algo que ofende e transgride a hermenêutica filosófica. Ao contrário, é preciso saber conciliar o vanguardismo da hermenêutica filosófica com o princípio da segurança jurídica.

Como já afirmado em tópico anterior, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter dado interpretação constitucional diversa daquela sedimentada por si é algo normal (quanto mais sendo a decisão de outro tribunal superior) e até mesmo salutar, em homenagem à fluidez da hermenêutica (hermenêutica filosófica). Contudo, também como já afirmado, não se pode violar direitos fundamentais (a exemplo da segurança jurídica), sob o pretexto de se defender o não engessamento do direito.

Do mesmo modo que a lei não pode ter efeitos retroativos, salvo exceções constitucionais, defendo que eventual mudança de entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores gerasse efeitos prospectivos, salvo se em benefício do cidadão, até porque a segurança jurídica que se pretende ver protegida é do cidadão e não do Poder Público⁹².

Ademais, a confiança e segurança jurídica implicam que haja durabilidade e permanência da ordem jurídica, da paz jurídico-social e das situações jurídicas, paralelamente à confiança nas situações jurídicas, o que, por óbvio, só será alcançado com uniformidade e estabilidade das decisões judiciais. De nada adianta haver permanência das leis e da Constituição se não houver confiança e previsibilidade nas decisões judiciais e seus fundamentos, que também fazem parte da ordem jurídica (BARBOZA, 2014, p. 241).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que o princípio da segurança jurídica, que se reveste de natureza eminentemente constitucional, tem sido prestigiado, pela Suprema Corte, em diversos julgamentos, inclusive naqueles envolvendo relações de direito público (MS 24.268/MG, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes – MS 24.927/RO, Rel. Min. Cezar Peluso, v.g.) e de caráter político (RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa), cabendo mencionar, ainda, pela pertinência, decisão do Plenário do Supremo no MS 22.357:

[...] 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. [...] (BRASIL, 2004).

⁹² No mesmo sentido, Cf. Barboza (2014, p. 241).

Por essas razões que a formulação inscrita na Súmula 276/STJ não podia ser desconsiderada na decisão que o Supremo Tribunal proferiu nos julgamentos em que pretendida a modulação dos efeitos deles decorrentes. Em meu entendimento, tal conclusão, como já afirmei, deve ser levada a efeito em todas as ocasiões em que o STF altere paradigma vigente e plenamente sedimentado nos tribunais superiores.

Isto é relevante. Não estou aqui a discutir uma decisão ainda não transitada em julgado ou mesmo uma decisão que transitou em julgado há pouco tempo. Estou a criticar o Supremo por superar um entendimento sumulado há anos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Não há que se contra argumentar sequer que se tratava de tese ainda discutida em âmbito doutrinário ou mesmo que o posicionamento do STJ era constantemente questionado. Para refutar esses argumentos, explico que a base da segurança/confiança envolve elementos estáticos e dinâmicos, como ensina Ávila (2102, p. 494):

Importa destacar, ainda nesse aspecto, que a base da confiança envolve elementos estáticos e dinâmicos. Assim, podem ser diferenciados os graus de vinculatidade e de pretensão de permanência de uma decisão analisando-se apenas os seus aspectos intrínsecos e sincrônicos: o nível do Tribunal que a proferiu e a sua força formal ou material. Esses graus, contudo, podem alterar-se com o passar do tempo: uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que, somada a outras no mesmo sentido, gera uma súmula, apresenta alto grau de vinculatidade e de pretensão de permanência; no entanto, a insistência de novos litigantes em alterar a decisão existente e as críticas doutrinárias, em qualidade e em quantidade consideráveis, podem fragilizar a pretensão de correção da decisão a tal ponto que ela venha a ser modificada, com a revogação da súmula e com a remessa dos processos ao Supremo Tribunal Federal. Em casos como esse, pode-se afirmar que os graus de vinculatidade e de pretensão de permanência em dado momento (*T1*) eram altos, mas em outro momento posterior (*T2*) passaram a ser frágeis. Com essa constatação se quer apenas demonstrar que a base da confiança não pode ser analisada apenas na perspectiva estática, mas também na dinâmica, em atenção ao *momento do exercício da confiança*, e não em qualquer momento.

Nessa perspectiva,

Essa observação é da mais alta relevância, tendo em vista que, caso haja efetivamente confiança a ser digna de proteção, será preciso saber como e em que procedimento ela deve ser protegida; caso seja ela protegida por meio da modulação de efeitos das decisões [...], será preciso muito cuidado para não fazer *tábula rasa* da confiança durante todo o período passado, permitindo, por meio da eficácia prospectiva da decisão, que seja protegida a confiança em período em que não existia a decisão modificada supostamente geradora da confiança (ÁVILA, 2012, p 494-495). – Grifei.

Aliás, para que eu não fique apenas no campo teórico e com intuito de demonstrar a falta de coerência da Suprema Corte, ressalto que recentemente o STF caminhou em sentido

diverso da decisão que tomou na superação da súmula do Superior Tribunal de Justiça. Refiro-me a outro caso emblemático, porém do Tribunal Superior Eleitoral.

No ARE 728.188 (BRASIL, 2013a), o Supremo reconheceu a repercussão geral para a tese da legitimidade do Ministério Público poder recorrer de decisão que defere registro de candidatura, ainda que não haja apresentado impugnação ao pedido inicial. No julgamento do mérito, o Tribunal negou provimento ao Recurso Extraordinário e afirmou, por maioria, que a Súmula nº 11 do Tribunal Superior Eleitoral não se aplica ao Ministério Público Eleitoral, assentando-se, pois, a legitimidade do *Parquet* para recorrer do deferimento de registro de candidatura, ainda que não haja apresentado prévia impugnação. O acórdão do julgamento restou assim ementado (ainda não publicado)⁹³:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA ELEITORAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA RECORRER DE DECISÃO QUE DEFERE REGISTRO DE CANDIDATURA, AINDA QUE NÃO HAJA APRESENTADO IMPUGNAÇÃO AO PEDIDO INICIAL. SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DA TESE A PARTIR DAS ELEIÇÕES DE 2014, INCLUSIVE.

I - O Ministério Público Eleitoral possui legitimidade para recorrer de decisão que julga o pedido de registro de candidatura, mesmo que não haja apresentado impugnação anterior.

II - Entendimento que deflui diretamente do disposto no art. 127 da Constituição Federal.

III - Recurso extraordinário a que se nega provimento por razões de segurança jurídica.

IV - **Fixação da tese com repercussão geral a fim de assentar que a partir das eleições de 2014, inclusive**, o Ministério Público Eleitoral tem legitimidade para recorrer da decisão que julga o pedido de registro de candidatura, ainda que não tenha apresentado impugnação. – Grifei.

Observe-se que o Supremo, no caso de superação de súmula do TSE, aplicou a modulação dos efeitos da sua decisão. Isto me leva a duas possíveis conclusões: 1) o Supremo irá rever seu posicionamento em casos semelhantes, ou seja, em superação/alteração/modificação de jurisprudência consolidada em Tribunais Superiores – o que pelos votos proferidos não parece provável; ou 2) o Supremo modula os efeitos das suas decisões de maneira casuística em casos de mudança de jurisprudência das Cortes Superiores – o que parece ser o caso.

Aliás, o Supremo parecer ter dificuldade de aplicar de forma coerente a segurança jurídica em relação a decisões de Cortes infraconstitucionais. Algumas vezes, como demonstrado

⁹³ Informações sobre o mérito do ARE 728.188 extraída da íntegra do acórdão de julgamento do ARE 762.560 AGR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11/03/2014, acórdão eletrônico dje-060 divulg 26-03-2014 public 27-03-2014 (BRASIL, 2014a).

acima, o STF erra por gerar insegurança ao superar decisão pacificada (em algumas por súmula de tribunal); outras vezes, o STF erra por proferir decisão sem o grau de confiabilidade e certeza necessário para a manutenção do seu precedente.

Com base nas lições de Rodriguez (2010, p. 25-27), examino um exemplo para deixar mais claro meu argumento. A ADIn 1.232 (BRASIL, 1998), tratou dos critérios para recebimento do benefício assistencial do inciso V do art. 203 da Constituição, cuja percepção depende de contraprestação por parte do beneficiário e favorece portadores de deficiência física e idosos que “*comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família*”.

Para regulamentar este artigo, julgado não auto-aplicável pelo próprio STF, foi editada a Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993 (BRASIL), que considera incapaz de prover sua manutenção a pessoa ou família “*cuja renda per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo*” (art. 20, parágrafo 3º.). O plenário do STF manifestou-se pela constitucionalidade da lei, a despeito da sugestão do relator de fazer uma interpretação conforme a Constituição para afirmar que o critério da lei não seria o único passível de caracterizar a pobreza. Desta forma, segundo o Relator, seria possível ao interessado utilizar outros meios para provar a situação de incapacidade econômica em que se encontrasse.

A maioria não seguiu a orientação do Relator neste ponto e julgou constitucional o texto da lei. A despeito disso, em paralelo ao entendimento do Supremo, formou-se um entendimento no Superior Tribunal de Justiça que admite, no caso concreto, a caracterização da pobreza por outros meios, que não a renda de 1/4 do valor do salário mínimo. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRICTIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido

como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 841060/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 25/06/2007, p. 319).

Precedentes citados do STF: AgRg no Ag 470.975-SP, DJ 18/12/2006; Rcl 4.374-PE, DJ 6/2/2007; do STJ: AgRg no REsp 868.590-SP, DJ 5/2/2007; AgRg no REsp 835.439-SP, DJ 9/10/2006, e REsp 756.119-MS, DJ 14/11/2005.

As diversas Reclamações Constitucionais já ajuizadas no Supremo não modificaram o entendimento das demais Cortes, que continuam a admitir exceções à regra fixada pela Lei 8.742. Tal situação de insegurança jurídica e comprometimento da autoridade e da legitimidade de nossa Corte Constitucional revela a inconveniência do critério por ela adotada, extremamente rígido diante da diversidade de situações concretas e da amplitude e complexidade geográfica e econômica de nosso país.

É de se esperar, com efeito, que o significado econômico do valor fixado pela lei seja diverso em cada espaço geográfico considerado, variando ainda em função do acesso que o indivíduo em questão a serviços sociais capazes de satisfazer suas necessidades básicas (RODRIGUEZ, 2010, p. 26).

A inadequação da decisão do Supremo e do critério da referida lei, revelada pelos julgados das demais cortes, especialmente do STJ, mostra que a caracterização da “pobreza” ou “baixa renda” deveria ser deixada para o nível regulamentar, com flexibilidade e abertura suficiente para a avaliação do contexto e da individualidade dos possíveis beneficiários da política pública (RODRIGUEZ, 2010, p. 26).

Pelo que se observa, além de ocasionar insegurança por decisões posteriores às das cortes infraconstitucionais, o Supremo consegue a proeza de gerar insegurança por decisões anteriores.

O interessante é que o Gilmar Mendes, na condição de acadêmico, assim como na de Ministro do Supremo, reconhece princípio da segurança jurídica enquanto postulado do Estado de Direito. E como doutrinador, o mesmo defende que a *“revisão radical de determinados modelos jurídicos ou a adoção de novos sistemas ou modelos suscita indagações relevantes no contexto da segurança jurídica”* e que *“a ideia de segurança jurídica torna imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto ou estatuto jurídico”*

(MENDES, 2014, p. 392-393). Porém, este não parece ser o posicionamento adotado por ele em casos de superação de jurisprudência de outros Tribunais.

Como se disse, o próprio Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade, mesmo em temas de índole constitucional, de determinar, nas hipóteses de revisão substancial da jurisprudência, derivada da ruptura de paradigmas, a não incidência, sobre situações previamente consolidadas, dos novos critérios consagrados pelo Supremo Tribunal. Mas por que não fazer isso nas matérias de índole igualmente constitucionais, porém sedimentadas por outros tribunais?

No direito comparado, Walber Agra (2008, p. 151) faz interessante compilação acerca do direito norte-americano, português e alemão. Explicou o autor que a Suprema Corte dos Estados Unidos vem reiteradamente decidindo que as decisões acerca do controle de constitucionalidade não podem se prender a padrões rígidos, que não se amoldam com a realidade dos fatos. As decisões da Suprema Corte podem ser sem eficácia retroativa (*propective overruling*), principalmente nos casos que introduzem modificações nas decisões; retroativa, mas aplicando-se apenas aos casos pendentes (*limited prospectivity*); e, em outros, sem a possibilidade de decretação de eficácia retroativa de forma absoluta (*pure proipectivity*).

Disse também que a constituição portuguesa de 1976, após a Lei Constitucional de n. 1/82, de 30 de setembro, seguiu a mesma direção ao definir em seu art. 282 – 4: “*Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fia os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos n. 1 e 2*”.

Registrou Agra, de igual modo, que a doutrina alemã continua a considerar que a nulidade de um dispositivo constitucional tem, em regra, efeitos *ex tunc*, a não ser que motivos fáticos pressionem por outra solução. O Tribunal Constitucional alemão dispõe da prerrogativa de modular os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade para proteger o princípio da segurança jurídica.

Ademais, na seara do direito comparado, temos exemplos da modulação dos efeitos das decisões quando há casos de mudança jurisprudencial de outras cortes. Embora o modelo jurídico não seja similar ao nosso, nos Estados Unidos da América a prática jurisprudencial da Suprema Corte tem respeitado esses mesmos critérios e idênticos princípios aqui propostos, fazendo-os incidir naquelas hipóteses em que sobrevém alteração substancial de diretrizes que,

até então, vinham sendo observadas na formação das relações jurídicas, inclusive em matéria penal.

Refiro-me, ao conhecido caso “*Linkletter*” – *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618, 629, 1965 –, e ainda, a muitas outras decisões da Suprema Corte dos EUA, nas quais se proclamou, a partir de certos marcos temporais, considerando-se determinadas premissas e com apoio na técnica do ‘*prospective overruling*’, a inaplicabilidade do novo precedente a situações já consolidadas no passado, cabendo destacar, dentre vários julgados, os seguintes: *Chevron Oil Co. v. Huson*, 404 U.S. 97, 1971; *Hanover Shoe v. United Shoe Mach. Corp.*, 392 U.S. 481, 1968; *Simpson v. Union Oil Co.*, 377 U.S. 13, 1964; *England v. State Bd. of Medical Examiners*, 375 U.S. 411, 1964; *City of Phoenix v. Kolodziejski*, 399 U.S. 204, 1970; *Cipriano v. City of Houma*, 395 U.S. 701, 1969; *Allen v. State Bd. of Educ.*, 393 U.S. 544, 1969, v.g.

No âmbito do direito comunitário europeu, temos outro recente exemplo do que estou defendendo. Trata-se do julgamento proferido pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso “*Del Río Prada v. Spain*” (*Application n° 42750/09*)⁹⁴. No caso, a Corte Europeia derrubou a aplicação retroativa da chamada “Doutrina Parot”, que garantia que presos cumprissem 30 anos de prisão em regime fechado, sem direito à remissão da pena.

Em sucinto resumo, o caso se referia à situação de Inés Del Río Prada, condenada a mais de três mil anos por atentados terroristas. O Tribunal Europeu não apenas ordenou a soltura da condenada como que ela recebesse 30 mil euros (cerca de R\$ 90 mil) de indenização por ter ficado presa ilegalmente desde o mês de julho de 2008.

A “Doutrina Parot” recebeu esse nome em referência a Henri Parot, um militante do ETA que foi condenado a 4,8 mil anos de prisão. A tese marcou uma mudança fundamental de jurisprudência no Direito espanhol, ao propor uma nova interpretação à pena máxima de 30 anos prevista no Código Penal de 1973 do país.

A exemplo do que ocorre atualmente no Brasil, por mais de trinta anos, a Justiça espanhola entendeu que a remissão da pena devia ser calculada sobre o máximo de 30 anos, e não sobre a pena total aplicada. Por esse entendimento, uma pessoa na situação de Inés Prada, condenada a mais de 3 (três) mil anos, podia sair da cadeia antes mesmo de cumprir os 30 (trinta), caso trabalhasse e conseguisse remir anos da pena.

⁹⁴ A íntegra da decisão, assim, como as informações do resumo do caso citado neste trabalho estão disponíveis no endereço eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2013-out-23/corte-europeia-define-mudanca-jurisprudencia-nao-retroagir> e foi acessado em 22 abr. 2014.

Ocorre que em 2006, a Suprema Corte da Espanha reabriu a discussão, ao julgar um recurso de Parot, e propôs uma nova interpretação. Na ocasião, os juízes definiram que a remissão deve ser calculada sobre o total das penas aplicadas. No caso de Inés, por exemplo, todos os dias que ela trabalhou enquanto presa deveriam ser descontados dos três mil anos, e não dos 30 (trinta) anos. Na prática, isso significa que ela nunca conseguiria remir dia algum e acabaria tendo de cumprir os 30 (trinta) anos em regime integralmente fechado.

Com a alteração da jurisprudência, Inés, que havia conseguido remir nove anos da pena e, depois de 21 anos presa, deveria ter sido solta em julho de 2008, foi avisada de que só recuperaria sua liberdade em 2017, quando cumprisse as três décadas na cadeia. Depois de tentar reverter esse posicionamento em todas as instâncias da Justiça espanhola, Inés recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos.

O tribunal europeu já havia julgado o recurso favorável à condenada em julho de 2012, mas o governo da Espanha recorreu à câmara principal de julgamentos da corte. Em outubro de 2013, a Corte Europeia julgou e anunciou sua decisão, que desta feita é definitiva (não cabe mais recurso).

Os juízes europeus consideraram que a aplicação retroativa da nova jurisprudência violou a segurança jurídica. Para eles, desde a década de 1970, a previsão da pena máxima no Código Penal vinha recebendo o mesmo tratamento da Justiça. O entendimento sobre a remissão ser calculada em cima dos 30 (tinta) anos já havia sido consolidado pela Suprema Corte do país e era aplicado por toda a Justiça.

Não havia, portanto, como a condenada prever a mudança repentina, considerou a corte. Os juízes equipararam a aplicação do novo entendimento para modificar a data da sua liberdade como uma punição não prevista em lei nenhuma, o que viola o artigo 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Uma vez firmado esse entendimento, o Tribunal considerou que Inés estava presa ilegalmente desde julho de 2008, ou seja, mais de cinco anos de prisão indevida. Por considerar esse fato uma verdadeira violação de direitos fundamentais, a Corte determinou a imediata soltura da Inés⁹⁵.

⁹⁵ Na maioria dos casos, o tribunal apenas constata a violação, fixa uma indenização a ser paga para vítima e fica a cargo da Justiça do país aplicar o julgamento da Corte Comunitária Europeia. Houve um rompimento de paradigma, portanto.

Os precedentes mencionados no direito comparado não tratavam, a rigor, de casos envolvendo a situação de uma Corte Constitucional alterar a jurisprudência consolidada de outra Corte Superior, como ocorreu no Brasil. Todavia, como se pode perceber, as razões baseadas de forma fundamental no princípio da segurança jurídica que justificam fixar temporalmente os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estão presentes no caso da mudança de rumo da jurisprudência. E, diga-se de passagem, estou a me referir, de forma inequívoca, à mudança de jurisprudência consolidada nos Tribunais infraconstitucionais, que geram uma espécie de “efeito cascata” em processos de longa duração.

São milhões de pessoas que acreditam no direito que vem dos acórdãos dos tribunais e pautam sua conduta pelos parâmetros lançados nos julgados. A alteração do entendimento dos Tribunais, principalmente, dos Tribunais Superiores, acaba afetando uma multidão incalculável, gerando enorme insegurança jurídica.

Dessa forma, não parece absurdo se instituir uma forma de modular, também, os efeitos da nova jurisprudência, para que sua aplicação venha sinalizar o novo modo de se conduzir das pessoas nos seus negócios. Com a modulação aqui defendida, aqueles cidadãos que acreditavam ter direito reconhecido pelos Tribunais não se verão frustrados, até mesmo enganados, em decorrência da longa demora na solução dos processos.

Chego finalmente à principal hipótese deste estudo. Estando presentes os pressupostos de aplicação do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, surge a questão fundamental: como deve ser protegida a confiança daquele cidadão que exerceu os seus direitos de liberdade e de propriedade com base na decisão modificada? Apenas com a simples modulação dos efeitos da decisão do Supremo?

Bem, a modulação dos efeitos das decisões é, sem dúvida, a forma mais tradicional e simplista de solucionar o problema. No entanto, Ávila (2012, p. 503-504) aponta que a utilização da modulação não deve ser feita pura e simplesmente com eficácia *ex nunc*⁹⁶ e, ainda, sugere o uso de outros instrumentos para se evitar que a mudança jurisprudencial atinja injustamente quem exerceu a sua confiança com base na orientação jurisprudencial abandonada.

⁹⁶ O autor sugere, corretamente, a análise de cada caso concreto, de cada problema concreto, para se chegar à melhor opção de modulação. Nas palavras de Ávila (2012, p. 505): “*O que não se conforma ao princípio da proteção da confiança, pela desconsideração do liame causal necessário entre a decisão modificada e os atos individuais de disposição dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, é a solução de atribuir efeitos pro futuro de maneira draconiana, padronizada e em bloco*”.

Assim, defende o autor, quando a própria decisão modificadora não puder dar conta da variedade de situações eventualmente existentes e a decisão judicial relativamente a um processo em curso quando da ocorrência da modificação jurisprudencial também não puder (por razões materiais ou processuais) avaliar a existência de atos concretos de disposição baseados na decisão modificada, outros instrumentos deverão ser encontrados.

Entre estes estão os seguintes: regras formais gerais de transição fixadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo, para permitir que os contribuintes que confiaram na orientação abandonada possam se adaptar ao novo entendimento; regras materiais gerais de transição firmadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo afastando os efeitos retroativos para aqueles contribuintes que possam comprovar a prática de atos de disposição vinculados à decisão modificada; e decisões individuais específicas tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Executivo em processos ou em procedimentos destinados especificamente a comprovar, com instrução probatória adequada, a existência de efetivos atos de disposição de direitos fundamentais causalmente vinculados à orientação jurisprudencial abandonada (ÁVILA, 2012, p. 503).

É preciso, pois, considerar um “*arsenal de flexíveis consequências jurídico-prescritivas*”, que podem, afastando os efeitos retrospectivos, abranger prazos ou regras de transição, executar o processo judicial precursor e os processos judiciais paralelos em andamento, apelar ao legislador para promover, com ou sem prazo, as mudanças necessárias ao retorno da constitucionalidade – e assim por diante (ÁVILA, 2012, p. 503).

Nessa esteira, reforço meu entendimento de que o raciocínio nos casos de mudança de jurisprudência consolidada das Cortes Superiores (qualquer delas: STJ, TST, TSE ou STM) deve ser similar ao desenvolvido nos casos em que há alteração jurisprudencial do próprio Supremo, considerando os precedentes por ele próprio firmado, a partir das virtualidades que lhes são inerentes – tais como conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias abrangidas por esses mesmos precedentes, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

Dentro das considerações que já foram feitas, é possível inferir que a análise da eficiência do controle de constitucionalidade ou, sendo mais abrangente, de qualquer decisão do

Supremo, é uma discussão que está em grande medida ligada ao campo da indeterminação política. A saída para essa “indeterminação” é a busca de um equilíbrio que reside no processo de consolidação do mecanismo estabilidade das decisões judiciais.

A busca por uma harmonia entre ação governamental e segurança jurídica, passa, portanto, pela adoção de um forte princípio de Justiça ao instituto da modulação dos efeitos das decisões do STF.

Destarte, o que se defende, pois, é que as garantias inerentes ao princípio da segurança jurídica não se destinam a proteger os indivíduos apenas contra os enunciados normativos em abstrato, mas, também, destinam-se a proteger os indivíduos em relação às inovações na ordem jurídicas provocadas pelas decisões judiciais, eis que são os juízes e tribunais que vão dizer, de modo definitivo, o sentido e o alcance da lei.

Nesse ponto, encontro amparo nas lições de Gadamer (2011, p. 430-433), segundo o qual o que sempre deve ser buscado pelo judiciário é não apenas o significado jurídico da norma. Antes, com o fim de regular uma realidade social, deve-se buscar o âmago normativo mais geral e menos mutável, para que este possa ser aplicado a uma realidade que há muito se modificou. Para isso, é realizada a expansão dos horizontes do intérprete, para não substituir sua posição pela do autor da norma, mas para integrá-la à sua análise, tornando-a mais ampla e fundamentada.

Porém, sustenta Gadamer, ao mesmo tempo em que amplia a capacidade interpretativa, a busca por significados históricos e jurídicos aumenta a necessidade de que o intérprete justifique sua linha de raciocínio, para garantir por meio de uma fundamentação apropriada que seu trabalho fundamentou-se em elementos históricos e culturais concretos, e não apenas uma escolha de valores não relacionados, para atingir um fim arbitrário.

Assim, observa Gadamer (2011, p. 433) que “*é por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos às voltas*”.

De fato, é o Judiciário que irá decidir quais os direitos e obrigações foram criados pelos dispositivos legais e dentro dessa linha de pensamento é natural que o princípio da segurança jurídica se dirija também à atividade jurisdicional. Se fosse diferente, nada do que ocorreu no passado judicial poderia ser jamais considerado definitivo pelos particulares, já que a qualquer momento a questão poderia ser revista por um novo entendimento do Judiciário.

Nesse contexto, se a cada momento que o Supremo modificasse o entendimento solidificado dos outros tribunais sobre a legislação em vigor e atribuísse às novas decisões efeitos retroativos, instalar-se-á a absoluta insegurança jurídica.

De fato, situando a questão no contexto da segurança jurídica, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto é, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa uma proteção contra medidas retroativas, inclusive judiciais, o que vale até mesmo para medidas retrocessivas (SARLET, 2012, p. 444).

É certo que o STF, assim como qualquer outro juízo ou tribunal, pode modificar sua posição acerca de determinada questão, seja para adaptar a novos fatos, seja simplesmente para rever sua interpretação anterior. Ao fazê-lo, todavia, o STF está vinculado ao princípio constitucional basilar da segurança jurídica.

Posso citar, então, soluções de ordem legislativa ou administrativa, tais quais as apontadas por Ávila (já expostas) ou, ainda, sugerir uma solução na própria jurisdição.

Com apoio na teoria exposta no capítulo anterior, a solução mais fácil e racional para o problema é o Supremo Tribunal Federal adotar a doutrina de Dworkin, do “direito como integridade”.

Suas decisões/precedentes devem seguir uma fundamentação lógico-coerente, como uma espécie de “romance em cadeia”.

Os Ministros devem observar, no momento da decisão, para o passado e para o futuro. Devem buscar zelar pela estabilidade das suas decisões e fundamentações e, ainda que superem seus próprios entendimentos ou de outras Cortes Superiores, deve analisar a situação sob a ótica da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos nas ações do Estado.

Mesmo sem adotar uma posição draconiana quanto à modulação dos efeitos em caso de mudança de jurisprudência de outros Tribunais, defendo que o STF precisa iniciar este novo capítulo da história, do romance, sem perder de vista os capítulos passados, pois de outra maneira seus leitores/expectadores (que são os jurisdicionados) perderão sua fé e confiança nas suas decisões e, decerto, haverá descrédito de todas as instituições do sistema de justiça.

Diante do exposto, percebe-se que a controvérsia, longe de estar pacificada, necessita de uma diretriz mais firme, de modo a salvaguardar a segurança dos jurisdicionados. É preciso

discutir, e caminhar para uma solução definitiva, acerca da aceitação ou não da mudança de jurisprudência das Cortes infraconstitucionais, como critério para modulação dos efeitos das decisões do STF, bem como sobre os procedimentos para tal decisão.

De forma clara, em meu entendimento, eventual decisão do STF que modifique jurisprudência dos Tribunais Superiores, uma vez que, como regra geral, importa modificação da ordem jurídica material (ainda que não formal), apenas poderá afetar os fatos futuros, não se admitindo que lhe sejam atribuídos efeitos retroativos (ou *ex tunc*).

Esta, portanto, deveria ser uma espécie de parâmetro ou regra geral. As exceções deveriam surgir para cada caso concreto, a partir das demais possíveis soluções já expostas.

Nas hipóteses de mudança de jurisprudência consolidada de Tribunais Superiores, a única forma de conciliar a possibilidade de modificação do entendimento da Corte com o respeito ao conteúdo essencial do princípio da segurança jurídica é atribuir à nova orientação firmada eficácia *ex nunc*, a não ser que isso represente uma violação a um direito fundamental.

Não posso deixar de reconhecer, entretanto, que essa possibilidade de modulação nos casos de mudança de jurisprudência, qualquer que seja a origem de tal modificação, precisa ganhar contornos objetivos bem definidos, talvez até de *lege ferenda*, haja vista a crescente vinculação às decisões do Supremo que vem sendo instituída, paulatinamente, no sistema da jurisdição constitucional, notadamente considerando o pleno sincretismo do controle de constitucionalidade no Brasil.

5 CONCLUSÃO

A interpretação e densificação do conteúdo dos direitos humanos e fundamentais pela Jurisdição Constitucional brasileira constituem um processo que está sempre em constante construção.

Daí surge um dos principais problemas da prática constitucional atual: como compatibilizar a sociedade fluida e a rapidez das transformações sociais com o princípio da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos nas ações governamentais – incluindo-se as ações/decisões do Poder Judiciário? Dito de outra maneira: como garantir o princípio da segurança jurídica e o sentimento de confiança da população nas decisões de Poder Judiciário em caso de mudança radical de jurisprudência?

O problema foi enfrentado no presente estudo a partir da compreensão do atual momento do constitucionalismo, o qual exige esforço por parte do Poder Judiciário no sentido de garantir o mínimo de estabilidade e previsibilidade nas suas decisões, ou pelo menos, nas suas fundamentações.

Nesse contexto, primeiramente, foram definidas as premissas básicas da investigação, ocasião em que foi abordado o estudo da hermenêutica, com ênfase na aplicação da hermenêutica filosófica. A interpretação e as transformações sociais também foram analisadas, assim como a abstrativização do controle difuso de e a técnica da modulação dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Os princípios da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos nas ações do Estado também foram avaliados, inclusive quanto à relação dos mesmos com o desenvolvimento.

A teoria da integridade de Dworkin como possibilidade de garantia da segurança jurídica por meio da estabilidade das decisões judiciais foi trabalhada, com destaque à proposta de que o Judiciário trabalhe seus precedentes como um “romance em cadeia”, criando-se no Brasil uma estabilidade ou estrutura de precedentes similar à *common law*.

O problema proposto na pesquisa foi diretamente enfrentado aplicando-se a base teórica desenvolvida na prática. Nessa senda, a mudança de jurisprudência como requisito para modulação dos efeitos das decisões do STF foi examinada sob duas vertentes. Na primeira, de maneira mais tranquila, nas hipóteses de mudança de jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal como critério para modulação dos efeitos da decisão.

Na segunda vertente, o estudo foi desenvolvido a partir da mudança de jurisprudência sedimentada e estabilizada das Cortes infraconstitucionais, ocasião em que as críticas ao atual entendimento do Supremo foram explicadas.

Com o estudo, pude chegar às seguintes conclusões.

Diferentemente da literatura, interpretar uma norma jurídica não é apenas encontrar um significado abstrato daquele texto, mas garantir a sua aplicação finalística no mundo material, em um dado conjunto de condições socioculturais.

Os métodos de interpretação jurídica se tornaram insuficientes para a jurisdição constitucional, pois sua utilização na delimitação e redução das influências subjetivas do intérprete é questionada principalmente pela impossibilidade de separar a situação hermenêutica da situação do intérprete, uma vez que esta já se manifesta na própria escolha e emprego dos métodos.

Nesse contexto, a hermenêutica filosófica, cujo maior expoente é Gadamer, é a mais adequada à interpretação constitucional, porquanto é a teoria filosófica que diz respeito à totalidade de nosso acesso ao mundo. E isso se torna importante porque o espaço constitucional é justamente aquele que comporta maior capacidade ou suscetibilidade de interpretação das normas para garantir compatibilidade do texto (norma) com a realidade.

A hermenêutica filosófica explica, também, a interpretação do direito, uma vez que compreende o Homem como ser construtor e intérprete inserido no próprio ato de pensar e interpretar o mundo e a si mesmo, fornecendo, assim, explicações seguras para a atitude do intérprete e aplicador do direito, notadamente do direito constitucional. Daí porque o STF deve utilizar a hermenêutica filosófica como parâmetro de suas decisões.

De mais a mais, no estudo dos objetos culturais, a compreensão em sua característica de processo dialético apresenta possibilidades infinitas em sua atividade, até porque suas soluções e significados construídos não possuem força imutável. É possível que uma interpretação adequada para certo momento não seja adequada em outra realidade, que realizará um novo processo de formação de significado, baseado em suas próprias características que, para uma mesma norma, podem gerar resultados diferentes, sem comprometer a interpretação anterior.

Logo, as modificações no âmbito de aplicações das normas se modificam muito mais rápido do que estas mesmas. Se as ciências do espírito não pudessem ter uma interpretação flexível, mutável, as normas de qualquer ordenamento se tornariam constantemente obsoletas,

tornando impossível a estrutura de um sistema jurídico como conhecemos hoje. Sendo assim, a exigência da atividade de interpretação como atividade dialética, voltada à compreensão, é também uma exigência dogmática.

A mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração da Constituição, que não se encontra previsto expressamente no texto constitucional. Tal mudança informal ocorre mediante o desenvolvimento da norma, embora o texto constitucional permaneça o mesmo. As mutações constitucionais (também chamada de “interpretação evolutiva”), desse modo, nada mais são que as alterações semânticas dos preceitos das Constituições, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação.

Posso afirmar que a mutação constitucional é a harmonização entre o momento da aplicação da norma e toda a conjuntura presente neste momento e o texto normativo constitucional a ser aplicado, evidenciando a necessidade de eficácia social na aplicação da norma. O que ocorre é uma mudança no entendimento geral da sociedade sobre determinado assunto, o que leva a necessidade de alteração em entendimento anteriormente explicitado.

Nessa trilha, os tribunais podem, então, abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorreta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras.

Apesar disso, entendo que a previsibilidade das decisões judiciais é pressuposto básico de qualquer estado democrático, sendo certo que os juristas devem buscar sempre evitar as incertezas e os riscos da insegurança jurídica.

Pude concluir, ainda, que, no âmbito do direito, o direito constitucional e o controle de constitucionalidade devem ser disciplinas de amplo e fácil acesso a toda sociedade, sendo de fundamental importância a elaboração e difusão de estudos jurídicos sobre a matéria.

E deve ser assim, dentre outras razões, porque o constitucionalismo tem como uma de suas funções primordiais resguardar os direitos fundamentais, competindo ao controle de constitucionalidade dar-lhes um reforço ainda maior, na medida em que se constitui como uma técnica viabilizadora da consideração e efetividade dos valores essenciais sobre os quais o direito constitucional se assenta.

Quanto ao controle de constitucionalidade, parece inegável que nosso país está vivendo uma verdadeira fase de sincretismo do controle de constitucionalidade, haja vista que o

controle difuso, outrora utilizado para mera análise do caso concreto, está definitivamente objetivado ou abstratizado. As vias processuais de controle concreto ou difuso não possuem mais apenas caráter subjetivo.

Todos os processos que tramitam no Supremo assumiram a função de verdadeira defesa da ordem constitucional objetiva, notadamente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, através dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, bem como da evolução do entendimento do Supremo quanto à causa de pedir aberta.

Sobre a técnica ou instituto da modulação dos efeitos, é o princípio da segurança jurídica que torna necessário que preceitos, embora incompatíveis com a constituição, possam existir, ter existido ou ter eficácia de transição, levando-se em conta que a supressão da norma por declaração de nulidade, com efeitos retroativos, produziria uma situação que aos julgadores se afiguraria mais inconstitucional do que aquela provada pela conservação temporária da validade da lei declarada apenas inconstitucional.

A prática constitucional tem a possibilidade de criar um espaço de tempo (modulação temporal dos efeitos da decisão) que assegure a sobrevivência da lei declarada inconstitucional, de tal sorte que o legislador (e o cidadão-jurisdicionado) tenha tempo de tomar a decisão constitucionalmente mais adequada.

Essa questão ganha contornos relevantes quando estamos diante não de uma declaração de inconstitucionalidade, mas de verdadeira mudança de jurisprudencial. Em tais hipóteses, a legislação e a jurisprudência constitucional do Supremo também possibilitam, como regra geral, a modulação dos efeitos das decisões.

O que defendo, nessa seara, é sempre a fundamentação racional, a coerência e a consequente previsibilidade da utilização do fundamento à segurança jurídica como razão para a modulação – fato que não tem acontecido no Supremo Tribunal Federal.

Quanto a esse aspecto, pude concluir que somente haverá de fato mudança de jurisprudência capaz de ensejar modulação dos efeitos das decisões do STF quando o afastamento dos efeitos pretéritos efetivamente causar instabilidade institucional, quando a manutenção dos referidos efeitos não prejudicar o cidadão ou quando a manutenção dos efeitos passados, pela anormalidade da situação e pela espécie de modulação feita, não constituir incentivo à prática futura de atos inconstitucionais.

Além disso, para que seja configurada efetivamente mudança capaz de ensejar modulação dos efeitos da decisão é preciso que existam duas decisões conflitantes sobre o mesmo objeto, ou seja, só se pode afirmar que há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática.

É necessário, também, que a “decisão modificada” tenha transitado em julgado ou, no mínimo, possa ter razoavelmente produzido efeitos orientadores relativamente àquele que suscita a resistência dos seus efeitos referentemente à “decisão modificadora”.

A mudança de orientação jurisprudencial pode ser boa, eis que pode evidenciar um melhor entendimento a respeito da matéria pelo Poder Judiciário, pode corrigir equívocos produzidos em decisões anteriores ou pode avaliar o fato ou argumento não devidamente avaliado anteriormente.

No entanto, é de bom alvitre evitar que a alteração de um posicionamento firmado há tempo pelos Tribunais venha a prejudicar o cidadão-jurisdicionado que, confiante na consolidação da jurisprudência, ingressou no Judiciário para ter reconhecido direito que tinha por certo. Nada mais justo, sob a ótica do princípio constitucional da segurança jurídica.

A segurança jurídica (e a confiança dos cidadãos nas ações do Estado), na qualidade de norma jurídica da espécie “princípio”, determina a busca de um estado de confiabilidade e de calculabilidade do ordenamento jurídico com base na sua cognoscibilidade.

A segurança jurídica é princípio fundante do Estado Constitucional brasileiro. Ela, ao lado da confiança do cidadão (esta de forma implícita), está prevista de forma explícita no *caput* do art. 5º da Carta de 1988, como direito fundamental dos cidadãos.

Decorrente do princípio do Estado Democrático de Direito, pode identificar os valores da certeza jurídica, da estabilidade jurídica e da previsibilidade dos cidadãos em relação à aplicação do direito. Tais valores ou princípios constitucionais justificam a prática de respeito aos precedentes, quer sejam meramente interpretativos como nos países ligados à tradição do *civil law*, quer vinculantes como nos países de tradição do *common law*.

Nesse contexto, em razão de entendimento equivocado do Supremo, não se encontram no cenário político-jurídico brasileiro as características necessárias à segurança jurídica.

A segurança jurídica como direito fundamental e estrutura de estabilidade das decisões judiciais ou de seus fundamentos está intimamente relacionada com desenvolvimento. Mas não apenas desenvolvimento econômico. Antes é aquele desenvolvimento visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

Para que haja pleno desenvolvimento no sentido mais amplo do termo (ou seja, para que haja efetivamente desenvolvimento como liberdade e não apenas sob o restrito aspecto econômico), o papel do Judiciário deve envolver a criação de um quadro em que os negócios jurídicos sigam regras predeterminadas. O judiciário também deverá proporcionar uma decisão clara e rápida em caso de dúvida. Nesse contexto, a previsibilidade dos fundamentos de um julgamento e a velocidade são os fatores importantes que determinam a qualidade do Judiciário.

Pude constar que a relação entre segurança jurídica e desenvolvimento pode ser vista de duas maneiras. Do ponto de vista restrito, a segurança jurídica pode vir travar ou prejudicar o desenvolvimento, em determinados momentos. Do ponto de vista mais abrangente, os benefícios trazidos pela segurança jurídica tendem a ser superavitários, posto que ela possa garantir/efetivar direitos fundamentais.

Além disso, os princípios da segurança jurídica e da confiança do cidadão nas ações do Estado representam diretrizes constitucionais sobre as quais o Supremo Tribunal Federal não pode se afastar. De forma natural, a regra geral em caso de superação de precedentes deveria ser a modulação dos efeitos das decisões.

Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se manifeste alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pela jurisprudência.

Os cidadãos não podem ser vítimas das deliberações emanadas dos corpos legislativos e muito menos da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias. Nessa perspectiva, o princípio da segurança jurídica supõe que o direito (ou sua fundamentação) seja previsível e que as situações jurídicas permaneçam relativamente estáveis.

A possibilidade de se estabelecer um entendimento coerente por parte do Supremo não significa engessar o posicionamento dos Juízes dos Tribunais inferiores e de primeira

instância, ao contrário, significa consolidar o processo interpretativo de modo a garantir maior segurança jurídica e estabilidade nas relações sociais.

É certo que o STF, assim como qualquer outro juízo ou tribunal, pode modificar sua posição acerca de determinada questão, seja para adaptar a novos fatos, seja simplesmente para rever sua interpretação anterior. Ao fazê-lo, todavia, o STF está vinculado ao princípio constitucional basilar da segurança jurídica.

A busca por uma harmonia entre ação governamental e segurança jurídica, passa, portanto, pela adoção de um forte princípio de Justiça ao instituto da modulação dos efeitos das decisões do STF.

De fato, situando a questão no contexto da segurança jurídica, resulta evidente que a dignidade da pessoa humana, também exige proteção em face de decisões judiciais de cunho retroativo que afetem direitos fundamentais.

Não existe apenas a possibilidade de modulação dos efeitos das decisões como forma de garantir segurança jurídica. Quando a própria decisão modificadora não puder dar conta da variedade de situações eventualmente existentes e a decisão judicial relativamente a um processo em curso quando da ocorrência da modificação jurisprudencial também não puder (por razões materiais ou processuais) avaliar a existência de atos concretos de disposição baseados na decisão modificada, outros instrumentos deverão ser encontrados.

Entre estes instrumentos, que chamo de soluções extrajurisdicionais, estão os seguintes: regras formais gerais de transição fixadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo, para permitir que os contribuintes que confiaram na orientação abandonada possam se adaptar ao novo entendimento; regras materiais gerais de transição firmadas pelo Poder Judiciário ou pelo Poder Executivo afastando os efeitos retroativos para aqueles contribuintes que possam comprovar a prática de atos de disposição vinculados à decisão modificada; e decisões individuais específicas tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Executivo em processos ou em procedimentos destinados especificamente a comprovar, com instrução probatória adequada, a existência de efetivos atos de disposição de direitos fundamentais causalmente vinculados à orientação jurisprudencial abandonada.

De toda maneira, intrajurisdição, conclui que o mais adequado é a utilização da ideia do “romance em cadeia” e do “direito como integridade” de Dworkin, para que o Supremo passe a proferir suas decisões como se estivesse a escrever capítulos de um romance, com coerência em

relação ao capítulo anterior (precedente) e permitindo que o romance ainda continue a ser escrito por outros capítulos (decisões) no futuro, de modo que haja não só uma continuidade do processo decisório no tempo, devendo ser coerente não apenas às decisões do passado, mas também às normas e, principalmente, aos princípios erigidos pela comunidade política.

Suas decisões/precedentes devem seguir uma fundamentação lógico-coerente, como uma espécie de livro, filme ou novela que está em constante construção. Utilizando a teoria do direito como integridade de Dworkin, o Supremo Tribunal Federal poderá criar uma nova história para o sistema judicial brasileiro e garantir a segurança jurídica.

A segurança e a previsibilidade não vão se encontrar no resultado, mas no início. O texto constitucional e as decisões judiciais, notadamente as do Supremo Tribunal Federal, devem funcionar como enredo de um romance. Os textos normativos devem ser o início da discussão, mas o juiz não está livre para decidir apenas a partir daí, devendo ler e interpretar tudo o que foi escrito até então, tendo em vista a estrutura do texto e dos precedentes construídos até aquele momento. Posteriormente, o juiz deve extrair o que está subentendido na lei e nos precedentes, destacando o que pode vir a ter continuidade.

Dessa forma, a igualdade, coerência, previsibilidade, segurança jurídica e integridade só poderão ser garantidas pela Jurisdição Constitucional brasileira na medida em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal decidirem os casos como se estivessem construindo um romance em cadeia, fundamentados em princípios – princípios estes que, tais como os nomes dos personagens de um romance, não podem mais ser ignorados.

É preciso que os Ministros olhem, então, para o que já está escrito na história e na prática constitucional, que leiam e respeitem as decisões tomadas no passado como inspiração para julgar os direitos fundamentais com a interpretação mais precisa possível, de modo a retratar a moralidade política da comunidade brasileira.

Os Ministros devem observar, no momento da decisão, para o passado e para o futuro. Devem buscar zelar pela estabilidade das suas decisões e fundamentações e, ainda que superem seus próprios entendimentos ou de outras Cortes Superiores, devem analisar a situação sob a ótica da segurança jurídica e da confiança dos cidadãos nas ações do Estado, modulando os efeitos das suas decisões sempre que necessário.

Mesmo sem adotar uma posição draconiana quanto à modulação dos efeitos em caso de mudança de jurisprudência de outros Tribunais, defendo que o STF precisa iniciar este novo

capítulo da história, do romance, sem perder de vista os capítulos passados, pois de outra maneira seus leitores/expectadores (que são os jurisdicionados) perderão sua fé e confiança nas suas decisões e, decerto, haverá descrédito de todas as instituições do sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The Living Constitution. **Harvard Law Review**, v. 120, n. 7, 2007, p. 1.742. Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Juspodivm, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AMORIM, Filipo Bruno Silva. **O amicus curiae e a objetivação do controle difuso de constitucionalidade**. Brasília: Athalaia, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2 ed. São Pulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Sérgio Resende de. **O nó górdio do sistema misto**. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/ivanclementino/O%20n%C3%B3g%C3%B3rdio%20do%20sistema%20misto.doc>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Interlúdio: pós-modernidade, direito e sociedade**. São Luís: Edições AML, 2011.

_____. **Sistema Constitucional Aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERCOVI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOROWSKY, Martin. **Las estructura de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação constitucional. A constituição viva de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRAITHWAITE, John. **Rules and Principles: A Theory of Legal Certainty**. 27 Austl. J. Leg. Phil. 47 (2002). Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 10 mai. 2014.

BRASIL. **Lei 8.742 de 07 de dezembro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 841.060/SP**, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DF: 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600803718&dt_publicacao=25/06/2007>. Acesso em: 11 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 78.594**, Relator Ministro Bilac Pinto. Brasília, DF: 1974. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2878594%2EENUME%2E+OU+78594%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso: em 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 217.631**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF: 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=247398>>. Acesso em: 11 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 1.232**, Relator Ministro Ilmar Galvão. Redator para acórdão Ministro Nelson Jobim. Brasília, DF: 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 11 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 22.357**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822357%2EENUME%2E+OU+22357%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cjvg2ja>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 168.149**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF: 2005a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28190728%2EENUME%2E+OU+190728%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/be975fm>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Conflito de Competência nº 7.204**. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília, DF: 2005b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%287204%2EENUME%2>>

E+OU+7204%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.959**. Relator Ministro Marco Aurelio de Mello. Brasília, DF: 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso: em 10 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 273.074**. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF: 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28273074%2EENUME%2E+OU+273074%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.602**. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF: 2008a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826602%2EENUME%2E+OU+26602%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 26.604**. Relatora Ministra Carmen Lucia. Brasília, DF: 2008b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2826604%2EENUME%2E+OU+26604%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 377.457**. Relator Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2008c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28377457%2EENUME%2E+OU+377457%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 534.964**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF: 2008d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28534964%2EENUME%2E+OU+534964%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 549.279**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF: 2008e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28549279%2EENUME%2E+OU+549279%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 587.604**. Relatora Ministra Celso de Mello. Brasília, DF: 2008f. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=587589>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Cautelar nº 1.886**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF: 2008g. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559787>>. Acesso em: 10 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 592.148**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF: 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28592148%2EENUME%2E+OU+592148%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 381.964**. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2009b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28381964%2EENUME%2E+OU+381964%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343**, Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF: 2009c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 592.148**. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF: 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623533>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 637.485** (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3823598>>. Acesso em: 16 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário nº 728.188** (Repercussão Geral) Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF: 2013a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28728188%2EENUME%2E+OU+728188%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/17eu7x>>. Acesso em: 07 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 630.733** (Repercussão Geral), Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF: 2013b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4887206>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo no Recurso Extraordinário nº 762.560** (Repercussão Geral), Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: 2014a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5520406>>. Acesso em: 07 maio 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.941** (Repercussão Geral), Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, DF: 2014b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28limita%E7%F5es+e+poder+e+tributar+e+direito+e+fundamental%29&pagina=1&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mnk4mdq>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência n° 739**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo739.htm>>. Acesso em: 07 maio 2014.

CAMARÃO, Felipe Costa. Inconstitucionalidade Progressiva na Visão do Supremo Tribunal Federal: uma técnica de efetivação dos direitos fundamentais. **Cadernos UNDB**, v. São Luís, ano II, p. 157-185, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2 ed. Trad. A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7 ed. 8. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.

CARACILLO, Melissa Cainé. (In)Segurança jurídica, (não) conhecimento da lei e instabilidade legislativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 20. Vol. 80. jul-set. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125-135.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. 2 impressão. São Paulo: LEJUS, 2000.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 25-44.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: métodos e princípios específicos de interpretação**. 2 ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. **Case of Del Río Prada v. Spain** (*Application no. 42750/09*). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-23/corte-europeia-define-mudanca-jurisprudencia-nao-retroagir>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

CHUEIRI, Vera Karam de e SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada**. n. 91. *Rev. direito GV* [online]. 2009, vol.5, n.1, pp. 45-66.

CLÉVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7 ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. 2 ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTOURA, Luiz Fernando Pedrosa; CAMARÃO, Felipe Costa. O direito ao desenvolvimento como um direito fundamental. **Direito e Economia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Gina Vidal Márcio Pompeu, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Giovani Clark**. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 127-144.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 11 ed. Petrópolis: Vozes. 2011.

GOMES, Luiz Flávio. Progressão de regime nos crimes hediondos: efeitos do controle de constitucionalidade difuso abstrativizado. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília. Ano X, n. 221, p. 44-48, 31 mar. 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Claudio Molz. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V.I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 1ª ed. 2 Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HENNIG, Mônia Clarissa. Dworkin x Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, v. 17, p. 31-58, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, poder judiciário e Estado Democrático de Direito: A necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista DIREITOS CULTURAIS**. v.1, n.1, dez. 2006, p. 11-38.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la constitución**. Trad. Christin Föster. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. Joao Baptista Machado. 7 ed. Bras. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KÖHLING, Wolfgang K. C.. **The economic consequences of a weak judiciary**. Center for Development Research. University of Bonn, 2000. Disponível em: <<http://ideas.repec.org/p/wpa/wuwple/0212001.html>>. Acesso em: 6 ago. 2013.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. Second edition. Oxford and Portland. Oregon: Hart publishing, 2005.

MEDINA, Diego López. Hermenêutica e linguagem na teoria do direito. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. Org. Ronaldo Porto Macedo e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 155-192.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. *In: Direito e Interpretação: racionalidades e instituições*. Org. Ronaldo Porto Macedo e Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 337-361.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 1 ed. 2 Tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Paola Franssinetti Alves de. Segurança jurídica nas relações obrigacionais e aplicabilidade do art. 5º, XXXV, da CF/1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 19. Vol. 74. jan-mar. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 211-233.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais. T. IV.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade.** Salvador: Juspodivm, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Mutação constitucional e teoria da concretiza o. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** ano 19, v. 74. jan-mar. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15-35.

_____. **Muta o constitucional: interpreta o evolutiva da Constitui o na democracia constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PILDES, Richard H.; ANDERSON, Elizabeth S. Slings arrows at democracy: social choice theory, value pluralism, and democratic politics. **90 Colum. L. Ver. 2121 1990.** Disponível em: <<http://heinonline.org>>. Acesso em: 28 mar. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolu o.** São Paulo Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Li es preliminares de direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUEZ, José Rodolfo. **O novo direito e desenvolvimento: passado, presente e futuro.** Textos selecionados de David M. Trubek. São Paulo: Saraiva: FGV, 2009, p. 51- 264.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas. **Analisi e Diritto,** v. 2012, 2012, p. 129-152.

_____. Segurança jurídica e desenvolvimento. **Fragmentos para um dicionário crítico de direito e desenvolvimento.** Org. Jose Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31-44.

_____. Segurança jurídica e estratégias legislativas: restaura o versus reforma (e um morto que já foi tarde). **Projeto Pensando o direito. Série Pensando o direito. Relatório final da pesquisa: Dano moral. Funda o Getúlio Vargas. Convoca o 01/2010.** Disponível em: <portal.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTSvc.asp?...35AB>. Acesso em: 11 mai. 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretaciona judicial de la constitución**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais o regime de constitucionalidade no Brasil. **O controle de constitucionalidade e a Lei n. 9.868/99**. SARMENTO, Daniel (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 165-218.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **A Constituição de ontem e de hoje. O que nos reserva o futuro? Os 400 anos das Leis Fundamentais do Maranhão**. Palestra na Escola Superior da Advocacia da OAB-MA, em 13 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://claudiopavao.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta; revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. **Interpretação constitucional**. Virgilio Afonso da Silva (org.) São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115-143.

SIMION, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. **Revista Sequência (UFSC)**. n. 59, dez. 2009^a, p. 61-88.

_____. Organização do Poder Político: o estado constitucional em Niklas Luhmann. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**. Brasília, v. 6, n. 2, jul./dez. 2009b, p. 329-349. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600803718&dt_publicacao=25/06/2007>. Acesso em: 11 maio 2014.

SMEND, Rudolf. Trad. José M^a Beneyto Pérez. **Constitucion y derecho constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Themístocles Brandão. **Do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

VARGAS, Denise Soares. **Mutação constitucional via decisões aditivas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

VERISSIMO, Marcos Paulo. **A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira"**. *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 407-440.

VICKERS, John. **The Problem of Induction**. In: *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/induction-problem/>>. Acesso em: 22 abr. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Rev. direito GV* [online]. 2008, vol.4, n.2, p. 441-463.

VOJVODIC, Adriana de Moraes; MACHADO, Ana Mara França e CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF**. *Rev. direito GV* [online]. 2009, vol.5, n.1, p. 21-44.

WOLFE, Christopher. *La Transformacion de La Interpretacion Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991.

WRÓBLEWSKI, Jerzi. **Constitución y teoria general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985.