

A segurança jurídica na Constituição Federal

1 – Constituição. O direito fundamental à segurança encontra-se previsto nos artigos 5º, *caput*, e 6º, Constituição de 1988. Em verdade, o Estado democrático de Direito, nos termos do artigo 1º, *caput*, CF/88, possui na sua estrutura a promoção dos direitos fundamentais, a legalidade e a separação dos poderes, elementos relevantes para concretização da segurança[3].



Por sua vez, o direito fundamental à segurança é dotado de aspectos

individual, coletivo e difuso. A tradição constitucional brasileira reconhece o direito fundamental à segurança individual, conforme se observa no artigo 179, *caput*, Constituição de 1824. Apesar da inexistência da previsão expressa sobre a tutela da segurança individual na CF/88, a topografia (*caput*, do artigo 5º, CF/88) e o reconhecimento de inúmeros direitos em espécie acerca da segurança individual impõem a titularidade do direito fundamental à segurança aos indivíduos, sendo exemplo de direito em espécie a vedação à retroatividade da lei penal com exceção da situação de produzir benefício ao réu, de acordo com XL, artigo 5º, CF/88.

Também são titulares desse direito fundamental os coletivos e toda comunidade. Nesse sentido, as ações constitucionais são importantes instrumentos para proteção e segurança dos direitos e interesses, sendo garantias constitucionais o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX, CF/88) e a ação civil pública (artigo 127, III, CF/88) que tutela os direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. No âmbito do direito social à segurança (artigo 6º, CF/88), vislumbra-se a segurança pública, a qual promove a incolumidade das pessoas e do patrimônio, além da promoção da ordem pública em conformidade com o respeito aos direitos fundamentais, segundo o art. 144, CF/88. O direito fundamental social à segurança é integrado ainda pela seguridade social, que possui como função constitucional efetivar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme o artigo 194, *caput*, CF/88.



De outro lado, a dimensão subjetiva consiste no conjunto de faculdades e direitos que é atribuído aos titulares desse direito fundamental, sendo garantido tanto pelo direito mãe à segurança (artigo 5º, caput, e 6º, CF/88) como por diversos direitos fundamentais em espécie que também tutelam esse valor. Acerca dos direitos fundamentais em espécie, indicam-se: a) direito de que apenas a lei pode obrigar ou proibir a prática de uma ação ou omissão (artigo 5º, II, CF/88), b) proteção da propriedade com função social (artigo 5º, XXII e XXIII, CF/88), c) direito de herança (artigo 5º, XXX, CF/88), d) direito de petição e direito à tutela jurisdicional tempestiva, adequada e célere (artigo 5º, XXXIV, 'b', XXXV e LXXVIII, CF/88), e) direito à coisa julgada, ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (artigo, XXXVI, CF/88), f) vedação de juízo e tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, CF/88), g) garantias penais e processuais penais como legalidade no direito penal (artigo 5º, XXXIX, CF/88) e h) e outros direitos fundamentais em espécie.

A dimensão objetiva desse direito impõe a observância da segurança pelos agentes, órgãos e poderes estatais nas suas atividades cotidianas, assim como é empregada pela interpretação jurídica na concretização e na aplicação do ordenamento jurídico, incidindo nas relações privadas pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Mesmo com a enorme relevância, por muito tempo, os estudos constitucionais deixaram em segundo plano as reflexões sobre a segurança nos fenômenos jurídicos e sociais^[4].

2 – Fundamentos. Na modernidade, há a adoção da clássica teoria da separação dos poderes, segundo a qual cumpria ao Legislativo elaborar a ordem jurídica geral e abstrata e ao Judiciário apenas aplicá-la aos casos concretos com o mínimo de interferência possível na determinação do legislador. Nesse período do alvorecer do constitucionalismo, é predominante o viés liberal de proteção do indivíduo contra o Estado, da democracia representativa, da defesa dos direitos fundamentais individuais e da não intervenção na economia e na esfera privada, cabendo ao direito apenas regular o mínimo necessário para a convivência pacífica dos diferentes espíritos e projetos de vida humanos (NOVAIS, 2006, p. 59 e ss.).

Eis o cerne da legalidade e da segurança jurídica moderna: permitir que os cidadãos conhecessem anteriormente as condutas vedadas e as consequências jurídicas de seu descumprimento, cabendo-lhes o exercício do livre arbítrio e da autonomia para cumprir ou não os ditames legais, respondendo por eventuais sanções. Com Cartas sintéticas e pouco interventivas, o direito acabou concentrado na legislação infraconstitucional, em especial, nas grandes codificações. O conceito de norma jurídica restou confinado à dimensão das regras legais, vinculando os julgamentos. Já os princípios seriam diretrizes políticas, com baixa ou nenhuma normatividade, cabendo aplicação subsidiária no preenchimento de lacunas.

Por sua vez, a guinada filosófica dá ensejo ao racionalismo e cientificismo que irão influenciar toda a epistemologia jurídica da modernidade em torno da busca da confiabilidade, estabilidade e certeza no direito, formando uma tríade de conceitos que compõe a significação da noção de segurança jurídica. Para alcançá-la, a teoria do direito se reduziu a uma teoria analítica da norma e do ordenamento (as grandes codificações), de modo a atingir o *status* de ciência cujo objeto era análise das normas jurídicas individualmente tomadas ou em seu conjunto, a partir de critérios de validade, consistência lógica e coerência interna (MARRAFON, 2018, p. 59 e ss.).



Do ponto de vista do método, desenvolveu-se a teoria hermenêutica tradicional, subdividida em um tríptico processo i) teoria da interpretação, ii) teoria da aplicação, que envolve a conexão entre o sentido auferido da lei e o do fato, em uma combinação que levasse à conclusão contida na decisão, como, por exemplo, o processo de subsunção e iii) teoria da integração do Direito. Assim, é possível constatar que a segurança jurídica almejada deitava raízes i) em uma teoria do Estado de Direito e da legalidade baseada em uma rígida separação de poderes e na distinção entre o âmbito político e o jurídico, ii) na adoção do conceito de norma jurídica enquanto regra e de ordenamento como um conjunto de regras, iii) no fundamento filosófico do paradigma da filosofia da consciência, iv) na redução do direito a uma teoria analítica de cunho científico e v) em uma teoria hermenêutica racionalista e subdividida em etapas cientificamente demonstráveis.

O dilema contemporâneo é que nenhuma dessas cinco premissas subsiste.

O pensamento constitucionalista brasileiro, a partir da Constituição de 1988, paulatinamente consolidou a tese de que o Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição, tem o poder-dever de limitar os outros Poderes, quando há violação por ação ou omissão dos ditames constitucionais. Elevou-se a estatura do Poder Judiciário em relação aos demais, de modo a flexibilizar a separação dos poderes clássica e ensejar a progressiva confusão entre o campo jurídico e o campo político.

Assim, para além do aspecto liberal de proteção ao indivíduo (dimensão negativa), assumiu-se a tese de que o Poder Judiciário deve contribuir para a concretização dos direitos fundamentais sociais, seja por meio de intervenções diretas ou por controle da omissão dos demais poderes (dimensão positiva). Em consequência, difundiu-se no imaginário jurídico brasileiro uma certa leitura substancialista da concretização da Constituição, o que pavimentou o terreno para incursões ativistas, tópicas e voluntaristas, em detrimento da cultura da preservação da legalidade e da coerência jurisprudencial.

Nesse movimento, fortaleceu-se a força normativa dos princípios constitucionais, que passaram a fundamentar decisões e serem aplicados diretamente enquanto fonte do direito, inclusive com possibilidade de afastamento da regra legal no caso concreto sem que haja inconstitucionalidade evidenciada. Ou seja, afasta-se a lei em nome de um princípio ante a alegadas exigências de justiça do caso concreto (derrotabilidade), ainda que, em geral, a lei não esteja eivada de vício de inconstitucionalidade e permaneça vigente[5].

Demonstrada a insustentabilidade das duas primeiras premissas, o cenário não se revela diverso em relação aos demais.

O paradigma da filosofia da consciência restou superado enquanto fundamento filosófico. A crítica ao racionalismo e a emergência do paradigma da linguagem[6] levaram à denúncia da dimensão existencial e histórica do sujeito, que não mais se apresenta como razão pura, neutra e imparcial. A filosofia promoveu uma guinada linguístico-filosófica em que, ao invés do sujeito, a linguagem se torna a categoria de trabalho para a compreensão da racionalidade, em dimensão hermenêutica e também lógico-formal (Stein, 1996).



Assim, a crítica antimoderna de Nietzsche se transformou em vetor para a formação de um ambiente niilista que tem fomentado o que se entende como pós-verdade processual. Nesse ambiente niilista formou-se a era das narrativas, a qual enseja o voluntarismo na *práxis* judicial e inibe incursões de epistemologia jurídica, solapando, assim, a quarta e a quinta premissas ora estabelecidas. A noção de ordenamento jurídico fechado necessária à garantia do *status* científico do direito se transformou e deu lugar a um sistema aberto de princípios e regras (Marrafon, 2018, p. 124 e ss.), aumentando a incerteza no processo decisório, uma vez que tanto princípios quanto as regras se tornaram verdadeiros *topoi* argumentativos para justificar as decisões judiciais, favorecendo a realização tópico-argumentativa do direito, sem metodologia e sem hierarquia normativa clara e estável[7].

Apesar dos inúmeros esforços contemporâneos (Dworkin, 2014; Alexy, 2019), enquanto tentativas de racionalizar o processo decisório, a contraposição de narrativas e a pós-verdade que levam ao voluntarismo judicial se tornam antíteses à ideia de segurança jurídica, além da forte crise na teoria das fontes (Marrafon, Robl Filho, 2014) e do predomínio do sincretismo metodológico na *applicatio* judicial (Rosa, 2006).

3. Conclusão. No contexto de crise das fontes e de sincretismo metodológico, corretamente o Código de Processo Civil de 2015 (NCPC) inovou e estabeleceu regras que, em tese, permitem a controlabilidade da decisão judicial, notadamente em casos de conflitos de princípios e ponderação (§ 2º do artigo 489, NCPC), bem como determinam o dever de os tribunais uniformizarem “sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (*caput*, artigo 926, NCPC). Dessa forma, o Excelso Supremo Tribunal Federal (2019) entendeu que “ao consagrar diversos mecanismos para o sobrestamento de causas similares com vistas à aplicação de orientação uniforme em todos eles (artigo 1.035, § 5º; artigo 1.036, § 1º; artigo 1.037, II; artigo 982, § 3º), conferiu primazia à segurança jurídica, à estabilização da jurisprudência, à isonomia e à economia processual”.

Ainda, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro com a redação da Lei Federal nº 13.655/2018 concretizou e densificou o direito fundamental à segurança, estabelecendo a) a obrigatoriedade de as decisões administrativas e judiciais considerarem as consequências práticas, quando interpretarem valores jurídicos abstratos (artigo 20), e b) que as decisões administrativas e judiciais que fixem interpretação ou orientação nova prevejam regime de transição (artigo 23). Observa-se majoritariamente a descon sideração inconstitucional dessas normas. De outra banda, o Superior Tribunal de Justiça (2018) levou a sério a segurança jurídica: “A LINBD (...) também passou a dispor expressamente sobre a segurança jurídica relacionada à atuação das esferas administrativa, controladora e judicial”. Há um longo caminho para o substancial respeito ao direito fundamental à segurança jurídica, mas as bases teóricas e as estruturas do direito constitucional positivo estão postas.

BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. [Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira](#). São Paulo: Saraiva, 2014.



DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia. **Boletín de la Facultad de Derecho**, nº. 15, p. 25-38, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Princípios estruturantes de Estado de Direito**. Lisboa: Almedina, 2019.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica, sistema constitucional e aplicação do direito**. 2ª ed. Florianópolis: Emais Editora, 2018.

MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista eletrônica direito e política**, Programa de pós-graduação stricto sensu em ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3o quadrimestre de 2014.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão penal: a bricolage de significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista eletrônica do direito do Estado**, nº. 32, out/dez, 2012.

SERBENA, Cesar Antonio (coord). **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº. 1630659/DF, 2016/0263672-7**, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Julgamento em 27/11/2018, DJe de 06/12/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 8002 – Agravo Regimental**. Órgão julgador: Primeira Turma, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 12/03/2019, Publicação: 01/08/2019.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Tributário e Segurança Jurídica**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento da imprensa nacional, 1979.

[3\]](#) Cf. Novais, 2019, p. 147-169; 219-289; Torres, 2015, p. 125.



[4] Cf. Sarlet, 2012; Pérez Luño, 2000; Barboza, 2014.

[5] Cf. Serbena, 2012.

[6] Cf. Habermas, 1990.

[7] Cf. Viehweg, 1979.

Date Created

21/11/2020