

A DIFÍCIL DICOTOMIA DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA EFETIVIDADE NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

ZALEWSKI, Karina¹
CAVALCANTE, Diogo Lopes²

RESUMO

A Constituição Federal de 1988, desde a sua promulgação, assumiu no Brasil a função de superioridade e centralidade. Nesse enredo, as leis e o Poder Público devem, e deverão se ater aos valores destacados nela e observar a corrente constitucional de forma soberana, sem abertura de espaço para descumprimento da carga valorativa da Constituição Federal. Observando-se a letra fria da Constituição Federal, têm-se um ordenamento repleto de direitos e garantias impecáveis, onde jamais se imaginaria desigualdades significantes e falta de condições mínimas de sobrevivência dentro de um Estado regido por ela. Emerge, nessa linha, a ampliação dos horizontes para o controle da constitucionalidade com entendimentos e decisões mais focada, em prol da efetividade das normas consideradas inalcançáveis. Nesse contexto, o movimento neoconstitucionalista busca alterar significativamente a jurisdição constitucional, gerando limites ao poder político e visando obter a concretização sobretudo dos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal. Por outro lado, a ideia de segurança jurídica é mitigada parcialmente, diante do abandono da previsibilidade e tranquilidade das decisões, para se aplicar ao caso concreto soluções mais eficazes dentro dos parâmetros constitucionais, consagrando a figura de ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; Direitos fundamentais; Segurança Jurídica.

THE DIFFICULT DICHOTOMY BETWEEN LEGAL SECURITY AND EFFECTIVENESS IN CONSTITUTIONAL JURISDICTION

ABSTRACT

The Brazilian Constitution, from 1988, since its promulgation, took a function of superiority and centrality in the country. In this scenario, the laws and public authorities must stick to the values highlighted in the constitution and observe the constitutional current in a sovereign way, with no openings to disobey the valuational load of the Federal Constitution. Observing the cold letter of the Federal Constitution, the result is a legal system full of rights and impeccable guarantees, where significant inequalities and lack of minimal survival conditions would never be considered in a nation ruled by it. Born from that, are the expanding horizons to the constitutional control, in way to search more focused understandings and decisions, towards the effectiveness of laws considered unreachable. In this context, the neoconstitutionalism motion, pursues change meaningly the constitutional jurisdiction, creating boundaries to the political power and aiming to get substantial concretion of, especially, the fundamental rights guaranteed in the Federal Constitution. The idea of legal certainty is lost facing the abandon of the tranquility and the predictability of the decisions, to apply to the concrete case more effective solutions, inside the constitutional parameters, in the occasions that the justice doesn't fulfill the needs of the citizen, consecrating the judicial activism figure.

KEYWORDS: Federal Constitution; Fundamental Rights; Juridical Effects; Juridical Security.

1. INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é um princípio ou valor na Constituição Federal de extrema importância; um princípio tido praticamente como um valor que transcende o próprio Direito. Entretanto, com a expansão da jurisdição constitucional e da necessidade de concretização de direitos fundamentais,

¹ Acadêmica de Direito da UNIPAR E-mail: kaaa.rina@hotmail.com

² Docente da UNIPAR; Procurador da Fazenda Nacional; Mestre em Processo Civil pela UNIPAR; Especialista em Direito Público pela UNB; Graduado em Direito pela UFPR. E-mail: diogolcavalcante@yahoo.com.br

tem-se observado episódios de mitigação da previsibilidade de comandos jurisdicionais no bojo do chamado ativismo judicial.

O ativismo judicial emerge da noção de impor limites e preencher lacunas na ordenamento jurídico, diante de um processo de lentidão dos Poderes Executivo e Legislativo frente a uma crescente provocação do Poder Judiciário. Ora, a função do Poder Judiciário, nesse contexto, torna-se primordial para concretização de direitos fundamentais que apresentam profunda indeterminabilidade no ordenamento.

Trata-se uma faceta do neoconstitucionalismo, de aplicação direta de princípios constitucionais, de aproximação do Direito e de outras ciências e de maior supremacia e força normativa da Constituição. A importância de uma Constituição Federal não é, pois, apresentar-se como documento nominal ao Estado e sim determinar uma carga normativa suficiente para modificar problemas da realidade posta, consubstanciada na vontade do povo titular do poder constituinte.

2. CONSTITUCIONALISMO E SUA TITULARIDADE LEGÍTIMA

2.1. BREVE CONCEITO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E SUA ALOCAÇÃO

José Afonso da Silva (2006, p. 14) aponta que o direito constitucional:

Configura-se como Direito Público fundamental por referir-se diretamente à organização e funcionamento do Estado, à articulação dos elementos primários do mesmo e ao estabelecimento das bases da estruturação política.

Entretanto, é de se dizer, que na atualidade há o entendimento que ele deve ser estudado como um sistema em harmonia e sua ramificação é simplesmente uma forma didática acadêmica.

Nos dias que correm, é possível notar a ação do direito constitucional sobre o direito privado, sendo que o mais prudente seria deixar de lado a ramificação do direito, uma vez que é meramente para utilidade didática e partir para a ideia de hierarquia, onde a Constituição Federal está no topo da lista de maneira soberana.

André Ramos Tavares (*apud* Karl Loewenstein, 1995, p. 165) considera que:

A história do constitucionalismo não é senão a busca pelo homem político das limitações do poder absoluto exercido pelos detentores do poder, assim como o esforço para

estabelecer uma justificação espiritual, moral ou ética da autoridade, em lugar da submissão cega à facilidade da autoridade existente. [...] Em um sentido ontológico, dever-se-á considerar como o telos de toda constituição a criação de instituições para limitar e controlar o poder político

2.2. CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO MODERNO

A Constituição Federal brasileira de 1988, atualmente vigente, tem sua forma escrita e conta com mecanismos detalhistas para resolver conflitos.

É de se destacar que se adota à ela a noção de Constituição programática, que jamais será alcançada com supremacia, sem esforço do Poder Público e participação da sociedade para organização e foco na preservação da ordem jurídica. A mera ordenação das normas constitucionais, sozinha, não gera eficácia. Enquanto não se trabalha em cima dela, visando a produtividade, não haverá o que se falar em constitucionalismo eficiente, pois não passa de simples declarações utópicas da realidade escritas.

O constitucionalismo clássico surgiu a partir do final do século 18. Alguns episódios ocorridos nessa época foram muito importantes, como as revoluções liberais (revoluções Francesa e Americana), feitas pela burguesia em busca de direitos libertários. O que se buscava com essas revoluções era a liberdade dos cidadãos em relação ao autoritarismo do estado. Com essas revoluções ocorreu o surgimento das primeiras constituições escritas. Há duas experiências importantes no constitucionalismo clássico:

Revolução Norte-americana que apesar de não ter ficado tão conhecida como a Revolução Francesa, tem a mesma importância, e dela surgiu a primeira constituição escrita de que se tem notícia, a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”, o famoso Virginia Bill of Rights, de 1776. Logo depois dela, em 1787, a Constituição Americana. As duas principais ideias com as quais os americanos contribuíram para o constitucionalismo foram a da supremacia da Constituição, em que ela é que estabelece as competências do Executivo, do Legislativo, e do Judiciário. É ela quem vai dizer quem manda, como manda e até onde manda. Se a Constituição é a responsável por estabelecer as regras do jogo político, por uma questão lógica tem que estar acima dos jogadores. É daí que vem a ideia de supremacia e da garantia jurisdicional, por que é justamente o Judiciário, o mais indicado já que é o mais neutro politicamente, desempenhando o papel de contra majoritário. É ele que vai proteger o direito das minorias.

A Experiência Francesa surgiu como a primeira constituição escrita da Europa, em 1791, dela surgindo duas ideias principais: Garantia de direitos e a Separação dos Poderes.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 serviu de preâmbulo para a Constituição Francesa de 1791. O art. 16, da Declaração, diz que toda sociedade, na qual não há garantia de direitos ou separação de poderes, não possui uma Constituição.” Para ser considerada uma sociedade constitucional, ela tem que ter essas duas ideias de limitação de poder. Sem isso, não há que se falar em Constituição. Uma constituição que não consagre direitos e que não reparta direitos de forma limitada, não é uma constituição verdadeira.

O constitucionalismo moderno é considerado a terceira fase do constitucionalismo. Enquanto o clássico é de modelo liberal, que primava pela liberdade do indivíduo onde o estado interviesse o menos possível, o moderno é chamado de constitucionalismo social surgido a partir do fim da I Grande Guerra. Nesta segunda geração dos direitos fundamentais, o social, o econômico, o cultural, consagrava a igualdade material. De nada valeria a liberdade, sem a igualdade substancial. A igualdade seria o pressuposto para que a liberdade pudesse existir.

2.3 PODER DO POVO NA PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

De forma expressa, o parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal objetiva que: todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Nessa perspectiva, o titular do poder público, é o povo e quem coloca em prática e administra esse poder, são os representantes que a população escolhe democraticamente. Por outro lado, Fábio Konder Comparato (2013, p. 7), ao prefaciar obra de Friedrich Müller, afirmou que:

Não existe soberania inocente’, pois ‘sabemos que a maioria do povo é capaz de esmagar democraticamente a minoria, em nome do interesse nacional’ ou em nome de outros interesses, tais como a exclusão social, a segregação, o fundamentalismo religioso, etc., de modo que uma democracia considerada ‘verdadeiramente’ justa - que superpõe o bem comum acima dos interesses particulares - deve tomar como parâmetro de referência os direitos humanos.

Vale lembrar, que para que uma democracia funcione, o povo deve adotar medidas e organizar-se em prol da efetividade das normas que regem o Estado, sobretudo, na Constituição Federal, com ênfase nos direitos fundamentais. A participação da população no controle da efetividade dos direitos e garantias fundamentais é primordial, uma vez que adotam a escala de base da pirâmide dentro do país, tanto pela titularidade do poder, quanto pelo volume que essa categoria ocupa dentro do Estado. Nesse contexto, o controle da constitucionalidade deve ser elevado a um

patamar superior, deixando-se de lado diferenças religiosas e raciais, exclusões e interesses particulares, tratando-se a Constituição Federal como normas supremas a serem seguidas.

Enfim, a expansão da jurisdição constitucional é refletida diretamente na expansão do efeito vinculante sobre o controle difuso de constitucionalidade. Trata-se de um fenômeno, todavia, como visto, que exige democratização do debate social, com participação de múltiplos intérpretes, como consta na doutrina de Peter Haberle:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade. (HABERLE, 1997, p. 13).

Ainda nessa linha de raciocínio, imperioso questionar os efeitos desta expansão da jurisdição constitucional – pela expansão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede difusa de controle de constitucionalidade – frente ao valor democracia. Ora, o Poder Judiciário sendo pressionado a resguardar os princípios constitucionais promove uma progressiva tensão com os demais poderes Legislativo e Executivo, tendo em vista que o chamado ativismo judicial, fatalmente, acaba por gerar questionamentos acerca da separação, da autonomia dos poderes e de suas atribuições respectivas.

Uma tensão entre um Poder cujos membros não são eleitos pelo povo e outros Poderes com uma representatividade popular direta; ou seja, “o que ocorre é que quando se amplia o papel da Constituição e da jurisdição constitucional, acaba-se por se retrair o papel da democracia e vice-versa” (BARBOZA, 2007, p. 18).

Uma tensão, entretanto, que inexiste quando pensamos que a jurisdição constitucional, que a Constituição decorre diretamente do povo, que é titular do poder constituinte. Fato, desta forma, que legitimaria em tese o ativismo judicial como é feito no Brasil, por postulados normativos abertos

Nosso sistema constitucional baseia-se em uma teoria moral específica, a saber, a de que homens têm direitos morais contra o Estado. As cláusulas difíceis da Bill of Rights, como as cláusulas do processo legal justo e da igual proteção, devem ser entendidas como um apelo a conceitos morais, e não como uma formulação de concepções específicas. Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta. (DWORKIN, 2002, p. 231).

Por isso se falar em um mecanismo de filtragem constitucional (SCHIER, 1999) “cujo eixo hermenêutico girava em torno da defesa da força normativa da Constituição, da necessidade de uma dogmática constitucional comprometida com os princípios, bem como com o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional” (KOZIKOSKI, 2010, p. 193). Enfim, um

sistema aberto de regras e princípios, “o fenômeno constitucional em sua perspectiva jurídico-normativa, num ininterrupto diálogo do jurídico com as dimensões social, política e econômica” (KOZIKOSKI, 2010, p. 193).

2.4. SUPERIORIDADE PROPRIAMENTE DITA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E BREVE ESBOÇO QUANTO À SUA CRIAÇÃO

Uma norma só é validada, quando está em conformidade com outra superior, denominado esse critério de criação por Kelsen, como Supra-infra-ordenação. O modo de criação, função e métodos para aplicação das normas inferiores, precisam seguir totalmente as normas já determinadas pelas superiores hierarquicamente, e assim aponta Kelsen (1987, p. 121):

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

José Afonso da Silva (2006, p. 48) por sua vez, assim cita:

A Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que elas o reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas.

No Brasil, a norma superior é a Constituição Federal, a qual, inclusive, é considerada como pressuposto para validade das demais normas. Partindo dessa afirmação, pode-se concluir que quando uma norma fundamental deixar de ser válida, as outras inferiores e consequentemente em conformidade a ela, se tornarão inválidas também. A criação da norma superior, qual seja a Constituição Federal, necessita de critérios e limites determinados pelo positivismo jurídico, pois ela não depende da regulamentação de nenhuma outra para ser válida e seu processo de criação é totalmente diferente. Democraticamente, houve várias comissões da sociedade em geral, em prol da garantia de direitos do povo como um todo, na tentativa de atender o maior número de diversidades e classes do Brasil.

O período de elaboração da Constituição Federal de 1988 foi justamente pós-ditadura militar e as pessoas estavam preocupadas em garantir Direitos que não corressem o risco de lhe serem retirados e assim, foram criadas várias cláusulas pétreas.

3. MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Na segunda metade do século XX, desenvolveu-se na Europa, o movimento chamado Neoconstitucionalismo. No Brasil, o movimento tomou partida, após a Constituição Federal de 1988 e meados dos anos 90. A ideia de limitação do poder político foi o maior propósito, de forma que toda e qualquer nova norma ou decisão judicial deveria e deve ser voltada aos princípios constitucionais. O reconhecimento da Constituição como soberana gera no ordenamento jurídico, maior segurança e efetividade, pois dela se resulta a aplicação da Constituição Federal em diversas situações e com interpretações distintas de caso para caso.

Note-se que o neoconstitucionalismo na verdade também é conhecido como constitucionalismo contemporâneo. Não são todos que concordam com essa denominação porque dizem que não há nada de tão novo que justifique esse novo nome. Ele é uma conjugação de experiências que sempre ocorreram.

O Constitucionalismo contemporâneo vai surgir no fim da II Grande Guerra em meio a descobertas das atrocidades que foram cometidas durante a hecatombe. Com base no ordenamento jurídico acabou colocando em cheque o positivismo jurídico. Começou-se a perceber que o positivismo jurídico, poderia justificar barbáries. Surge então uma nova idéia de constitucionalismo que Paulo Bonavides chama de pós-positivismo.

Com o fim da II Grande Guerra, as constituições começaram a consagrar, expressamente, e a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada um valor constitucional supremo. A dignidade é um atributo que todo ser humano tem. Se a dignidade é valor supremo, isso significa que o Estado existe para o cidadão e não o contrário. O cidadão é um fim em si mesmo, não pode ser entendido como um meio para atingir o Estado.

A partir da dignidade da pessoa humana, como núcleo da constituição, aconteceu a chamada rematerialização constitucional.

A obra de Konrad Hess, escrita em 1959, é um marco do direito constitucional, a concepção jurídica da Constituição passa ser definitiva. Há, pois, três causas: i) consagração da dignidade da

pessoa humana como valor supremo; ii) rematerialização das constituições, com rol extenso de direitos fundamentais e; iii) força normativa da Constituição.

Valores fundamentais que as constituições do futuro devem consagrar: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização.

O fácil e rápido acesso aos diversos tipos de legislações, jurisprudências, decisões, doutrinas, artigos e demais meios jurídicos, causou uma desatenção significante das normas constitucionais. É comum se observar, projetos de lei que contrariam a Constituição Federal, como por exemplo, a PEC 171/93 que propõe redução da maioridade penal de 18, para 16 anos de idade. Tal fato potencializa a discussão acerca da importância do controle da constitucionalidade, que de certa forma tende a limitar o poder legislativo e moldar as decisões judiciais para que elas se direcionem ao cumprimento efetivo da constituição.

Mazzarese (*apud* MAIA, 2009, p. 29), delimita que o neoconstitucionalismo, pode identificar três possíveis sentidos:

- a) em primeiro lugar, neoconstitucionalismo indicaria um traço caracterizador de alguns ordenamentos jurídicos: em particular, o dado positivo pelo qual o ordenamento apresenta uma Constituição que, além de conter as regras de individualização e ação dos órgãos principais do Estado, apresenta um mais ou menos amplo elenco de direitos fundamentais;
- b) em segundo lugar, neoconstitucionalismo indica um certo modelo explicativo do conteúdo de determinados ordenamentos jurídicos (os indicados no ponto precedente), ou seja, o termo indicaria um certo paradigma do Direito, de sua forma de aplicação e de conhecimento. Nesse segundo sentido neoconstitucionalismo não indica portanto nada no mundo, senão que mais precisamente representa um modelo teórico;
- c) em terceiro lugar, o termo neoconstitucionalismo indicaria um modelo axiológico-normativo do direito, um modelo ideal ao qual o Direito positivo deveria tender. Esse ideal, sem embargo, não seria um objeto externo e separado do Direito concreto, senão pelo contrário seria um mero desenvolvimento e a mera concretização do Direito real, sobre a base dos princípios e dos valores que neste último estão expressamente enunciados.

Seguindo o ensinamento de Kozikosk (2010, p.110), quanto ao novo paradigma:

Nasce, daí, a necessidade de se revisar a teoria da separação de poderes, a dimensão do princípio democrático, o método de compreensão e interpretação do Direito e, com isso, a dimensão do controle de constitucionalidade e a legitimação do sistema jurídico. São essas as principais circunstâncias determinantes dos chamados movimentos "neoconstitucionalistas" e suas *ousadias*.

Em síntese, o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, é um marco historio para o Estado, com centralização dos direitos fundamentais e mudanças significativas na interpretação constitucional, onde atos administrativos deixam de se basear tão somente em argumentos lógico-formais, mas também encontram base principalmente na Constituição Federal. O movimento reensina a importância da constituição como um todo e seus aspectos relevantes. É uma forma de

aproximar o povo e órgãos públicos a se adequarem aos preceitos previstos constitucionalmente e aumentar a estabilização dos mesmos.

3.1. A IMPORTÂNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL

O denominado ativismo judicial para Luiz Roberto Barroso (2015 [sp]):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Ao poder judiciário cabe, a validação ou não dos atos legislativos, através dos magistrados. O papel dos tribunais, baseia-se em individualizar cada caso concreto e analisar a melhor solução para ele, dentro das normas constitucionais. A ideia de padrão não é a melhor saída, uma vez que apenas uma norma pode gerar consequência diferente para cada situação.

Maurício Moreira Toledo (2015 [sp]), em “Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil”:

[...] é o juiz que realiza esse processo de individualização, cabendo a ele valorar o sentido para as cláusulas abertas e optar entre soluções possíveis. Passará o intérprete (juiz), então, a ser co-participante do processo de criação do Direito, na medida em que completa o trabalho do legislador. Esse processo de criação do juiz, o qual rompe com a divisão clássica dos poderes preconizada por Montesquieu, é chamado de ativismo judicial. Podemos definir o ativismo judicial como sendo aquele movimento que propõe a legitimidade das decisões judiciais que impõem obrigações, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional da interpretação dos princípios e das cláusulas abertas.

O ativismo judicial elege um modo de interpretação da Constituição, de modo que muitas vezes demandas sociais não inseridas no corpo constitucional, são resolvidas em atendimento do texto da Constituição, através de condutas ativistas, que visam extrair o maior número de orientação possível do texto constitucional.

É importante ressaltar novamente, a necessidade de limitação do poder governamental e legislativo nos parâmetros da norma constitucional, para não persistir o hábito em criar projetos e demais atos de maneira inconstitucional.

Relevante é de se dizer, que o Poder Judiciário cada vez mais está aderindo à ideia do movimento neoconstitucionalista e adotado uma posição favorável ao ativismo, a simples entrega de um medicamento mediante tutela antecipada para um doente em situação de urgência, mostra

como a carência da atividade do Estado que deveria fornecer tal medicamento em obediência à Constituição Federal, é sanada através de ação e coerência dos magistrados. Vale lembrar que muitas vezes o governo acaba fornecendo medicamentos que nem mesmo fazem parte dos protocolos do Ministério da Saúde, a caráter de cumprimento de decisão judicial, assim, o Poder Judiciário acabou por si só, ficando responsável por solucionar questões que são de “competência” dos outros dois Poderes.

A própria Constituição Federal designa poderes ao Judiciário para as situações onde o Estado por si só não consegue sanar as necessidades do povo, uma vez que indiretamente, o Judiciário está atendendo necessidades da população e desta forma, torna-se inválido o argumento de que os membros deste Poder não são agentes públicos eleitos e não possuem legitimidade de assumir responsabilidades e decidir questões de caráter de questões que normalmente são de competência dos poderes legislativo e executivo.

O ativismo judicial se apresenta cada vez mais presente nas lides atuais, mesmo com defensores e opositores, porém, diante de qualquer crítica positiva ou negativa, é importante atentar-se para a ideia principal: cumprimento do texto constitucional. Deve-se fazer valer os direitos e garantias fundamentais em qualquer situação, certa ou não a interferência do Poder Judiciário para efetivar esses direitos, ela é necessária, por ora.

4. APARENTE ATRITO ENTRE EFETIVAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA

À luz da perspectiva de controle das normas constitucionais, surge a matéria quanto à segurança jurídica, que está ligada diretamente com a tranquilidade e previsibilidade de direitos e deveres para os cidadãos. Ora, se um indivíduo tem o direito de ter conhecimento antecipado sobre as reações de seus atos, ele também deve ter ciência quanto à possibilidade de diferentes consequências que terceiros podem requerer. A diversidade de entendimentos tira a segurança jurídica, mas garante o caráter unitário das decisões judiciais.

Quer dizer, segurança significa falar em previsibilidade de exercício de direitos por parte dos indivíduos, da existência de relações jurídicas estáveis dentro da sociedade. Afinal, os indivíduos têm direito a conhecer antecipadamente as consequências jurídicas dos seus atos. Nesse sentido:

A coisa julgada existe para assegurar a segurança jurídica. O Direito não poderia suportar um sistema em que as questões são decididas e novamente voltam a pauta para nova discussão, eternizando o litígio. Dessa forma, a fim de garantir a segurança e a paz social,

assim como salvaguardar a boa administração da justiça e o adequado funcionamento do aparato judicial, instituiu-se a coisa julgada. (ROSA, 2011, p. 300).

Quando se fala no valor da justiça, por sua vez, significa a entrega pelo Poder Judiciário ou a indicação por parte do órgão em exercício da jurisdição da melhor solução ao caso concreto; da solução que favoreça um equilíbrio ou proporcionalidade nos direitos e deveres envolvidos na relação jurídica posta.

A ampliação da chamada jurisdição constitucional refletiva na ampliação dos institutos do efeito vinculante e da repercussão tratados ao longo deste trabalho é corolário do chamado movimento neoconstitucionalista, em que se revisam patamares de validade e de eficácia da Constituição. Trata-se de um novo paradigma:

Nasce, daí, a necessidade de se revisar a teoria da separação de poderes, a dimensão do princípio democrático, o método de compreensão e interpretação do Direito e, com isso, a dimensão do controle de constitucionalidade e a legitimação do sistema jurídico. São essas as principais circunstâncias determinantes dos chamados movimentos "neoconstitucionalistas" e suas *ousadias*. (KOZIKOSKI, 2010, p. 195).

Esta ampliação da jurisdição constitucional, nessa linha, enaltece os chamados direitos fundamentais que, mais do que quaisquer outros institutos dentro do direito, apresentam-se como conceitos jurídicos indetermináveis, notadamente em função da sua ampla carga valorativa. São, em verdade, pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana verificados concretamente pelos juízes, pelos membros do Poder Judiciário:

Com isso, ampliam-se ao máximo os horizontes do controle de constitucionalidade, de sorte que o neoconstitucionalismo passa a reconhecer que a ultima palavra e reservada ao Poder Judiciário: são os juízes os sujeitos capazes de verificar se as leis estão em conformidade com as normas constitucionais, numa perspectiva mais ampla do que aquela aceita no modelo positivista. (KOZIKOSKI, 2010, p. 201).

Interessante, neste ponto, citar o entendimento do professor Ingo Wolfgang Sarlet de que a segurança jurídica constitui direito fundamental, relacionado com a dignidade da pessoa humana:

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um 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 o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2006, p. 10-12).

O equilíbrio e proporcionalidade dos direitos e deveres devem ser arguidos em cada caso concreto. Uma mesma ação pode gerar consequências diversas em momentos, lugares e situações

diferentes e dessa forma, devem ser tratados também, com desigualdade até se encontrar uma total equiparação.

[...] o postulado da proporcionalidade – e de suas três regras operativas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) – consubstancia o método que permite a ponderação ou o sopesamento dos princípios constitucionais tanto quanto seja possível, relativamente as possibilidades fáticas e jurídicas.“ (SILVA, 2011, p. 83-84).

Nesse sentido, Canotilho (1995, p. 135) pondera:

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

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

Não há como contradizer, que alguns casos envolvendo diferentes situações, podem gerar consequências totalmente distintas, um exemplo natural, é a necessidade em caráter de urgência de um procedimento cirúrgico, o qual, no sistema único de saúde, não tem disponibilidade para tal. Ora, se a vida da parte depender do procedimento, não há o que se falar em fila de espera ou ação processual demasiadamente demorada, a tutela antecipada nesse caso deverá ser concedida à parte, ordenando através de decisão judicial a ação do Estado e a disponibilização de um tratamento médico com urgência para o enfermo, mesmo que vá contra o regimento do sistema. Por outro lado, se a vida da parte não dependesse do procedimento e fosse algo meramente supérfluo, necessária seria a instrução e comprovação do dever do Estado em fornecer o tratamento. Nota-se que a segurança jurídica perde totalmente a vez, pois um mesmo requerimento –fornecimento do Estado em procedimento cirúrgico dependendo a situação pode gerar vários entendimentos distintos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo paradigma de separação de poderes e ampliação do movimento neoconstitucionalista para validade e eficácia da Constituição Federal apresenta-se como presunção essencial para a dignidade humana e é tratada como reserva ao Poder Judiciário, que é o órgão a qual se destina a responsabilidade de constatar se as leis estão em compatibilidade com o ordenamento constitucional.

É certo que os direitos fundamentais regem condições básicas para uma vida digna humana e com eles são apresentadas diversas diretrizes de aplicabilidade, interpretação e restrições. É de se observar, seu caráter de inalienabilidade, irrenunciabilidade, impossibilidade de transferência e negociação, tanto à título oneroso, quanto gratuito, universalidade e a imprescritibilidade.

A ideia de segurança relaciona-se com a previsibilidade em relações estáveis na sociedade, de forma que todos os indivíduos saibam as reações de seus atos. Porém, há direitos e também deveres envolvidos em toda relação dentro da coletividade e muitas vezes a ação de alguém, gera prejuízos e podem lesar o direito de outrem. Nesse patamar, é importante furtar-se da segurança jurídica em prol de ajustes dos direitos em conformidade com a situação prática, com o objeto e caso da questão e não apenas de forma uniformizada e superficial, valorando o direito do cidadão para que ele consiga gozar de pleno direito adquirido sem precisar se encaixar em um entendimento predeterminado.

O neoconstitucionalismo visa a obtenção de isonomia na aplicação da jurisdição, onde além de o cidadão ter ciência da reação de seus atos, saiba também a possível oposição de terceiros diante da situação.

Um texto de lei não deve ser interpretado de uma só forma, as circunstâncias devem ser levadas em consideração e as decisões devem se basear no ordenamento não apenas para fazer justiça, mas também para adequar a melhor solução possível para um caso ou conflito aparente, onde quem foi lesado, não sofra ainda mais onerosidade e quem lesou, tenha a possibilidade de arcar com as consequências de forma justa e digna.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, E. M. de Q. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, L. R. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** 2015. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 22 de out de 2015.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Almeida, 1995.

COMPARATO, F. K. Prefácio. In: MÜLLER, F. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÔRTES, V. A. P. V. **Ativismo judicial:** do neoconstitucionalismo ao neoprocessualismo. 2015. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito->>

processual/volume-vi/ativismo-judicial-do-neoconstitucionalismo-ao-neoprocessualismo> Acesso em 22 de out de 2015.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a serio**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERLE, P. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Porto Alegre: S. Fabris, 1997.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KOZIKOSKI, S. M. **Repercussão geral e efeito vinculante neoconstitucionalismo, amicus curiae e a pluralização do debate**. 2010. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

LIMA, F. A. de O. **A Constituição Brasileira**: da Constituição Imperial à Constituição Cidadã. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6352> Acesso em: 22 de out. 2015.

MAIA, ANTÔNIO CAVALCANTI. **As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos**: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARLET, I. W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direito fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito Constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, a. 14. n. 57. out./dez. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCHIER, P. R. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: S. Fabris, 1999.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOLEDO, M. M. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial no Brasil**. 2015. Disponível em <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Pesquisa/pibic/publicacoes/2011/pdf/dir/mauricio_moreira.pdf> Acesso em 22 de out. 2015.