

EFEITO PROSPECTIVO NA ALTERAÇÃO DE SÚMULAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES: UMA ABORDAGEM À LUZ DO EMBATE ENTRE OS ANSEIOS FUNDAMENTAIS DE JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA

Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança na alteração da jurisprudência dos tribunais superiores. Para a elaboração do estudo, tomou-se como base a análise dos trabalhos filosóficos que cuidam do tema da justiça e da segurança jurídica, procurando-se situar nessa dialeticidade a discussão relativa à alteração substancial de súmulas pelos tribunais superiores.

As súmulas existem para conferir maior segurança jurídica, mas não são imutáveis. Com efeito, por critérios de evolução da ideia de justiça, sofrem alterações. Tais alterações, se aplicadas aos casos anteriores podem ter o efeito contrário de segurança jurídica pretendido. Dessa forma, sob a ótica da dialeticidade já exposta, o artigo defende a possibilidade de se conferir efeito prospectivo a alteração substancial de seu conteúdo.

2 – EVOLUÇÃO DA IDEIA DE JUSTIÇA

Importa inicialmente estabelecer o conceito de justiça em cada tempo histórico. Tal noção é importante, já que é sob o título de “justiça” que em toda parte se justifica o direito, quer no processo de sua criação, quer no de sua aplicação. Aliás, sob o signo da “justiça” unem-se diversos segmentos de correntes ideológicas distintas que se apresentam, pelo menos publicamente,

* Juíza do Trabalho, titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju; professora adjunta da UFS; coordenadora e professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe; especialista em Direito Processual pela UFSC; mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF; doutora em Direito Público pela UFBA.

com esse ideal. Trata-se, em suma, de um anseio fundamental do homem que transcende o individual e atinge a sociedade.

Convém assinalar, porém, que a justiça tem significado e conteúdo amplo. Na realidade, o que está muitas vezes em jogo são interesses em tese juridicamente protegidos, porém contraditórios, que exigem uma definição objetiva do critério do justo naquele caso concreto.

Por outro lado, no conceito de justiça há que se separar suas diversas modalidades, que foram sendo teoricamente construídas no decorrer da história. Dessa forma, pode-se falar em Justiça Distributiva, que se relaciona à repartição dos benefícios entre os membros da sociedade; Justiça Comutativa, que governa as relações entre particulares; Justiça Geral, que disciplina o dever das partes para com o todo e constitui a outra face da Justiça Distributiva; e Justiça Social, que se relaciona à correção das distorções sociais.

2.1 A ideia de Justiça na filosofia grega

A ideia de justiça encontra-se bem retratada na mitologia e na filosofia gregas. Com efeito, inicialmente, a análise da história grega demonstra que até o século V a.C. o Direito era intrinsecamente ligado à Religião e era considerado justo por sua própria natureza, contido em leis imutáveis e não escritas.

Dentre os estudos pré-socráticos sobre o tema da justiça, digno de nota é o desenvolvido por Pitágoras, bem assinalado por Bittar (2001, p. 56), que afirma que, para Pitágoras, a justiça, em uma primeira acepção, “significa respeito aos deuses e ao culto”, já em outra acepção, “a justiça é judiciária, o que significa um *post factum*, um corretivo com relação ao surgimento de uma situação de injustiça”. Ainda na ideia de Pitágoras, tem-se a justiça normativa, a qual, “melhor que a judiciária, é um *ante factum*, ou seja, um algo preventivo colocado a serviço dos *politai* como garantia da ordem e do bem comum”. Tem-se, também, a justiça como sinônimo de autoridade e de obediência, estando implícita na noção de ordem a ideia de hierarquia. Ainda, a justiça aparece como piedade no sentido mais ético do termo. Finalmente, “a justiça é humana, no que se refere ao tratamento do homem *inter homines*, e a justiça é animal, no que se refere ao tratamento dos homens para com os animais”.

Outro ponto a se assinalar é que os Pitagóricos definiam a justiça como uma reciprocidade, norteada pela fórmula de que deveria ser feito a B aquilo que este fez a A, seguindo, portanto, a regra de Talião, sintetizada pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

A partir do século V a.C., ganha corpo a escola sofista, que lança sementes de ceticismo¹ sobre a existência de uma justiça natural absoluta e *a priori*. Ainda no mesmo século V a.C., contrapondo-se aos sofistas, Sócrates lançou as bases iniciais do sistema filosófico idealista, que mais tarde seria aprimorado por Platão, e pugnou pelo respeito às leis escritas e não escritas, tendo exemplificado com sua própria vida esse princípio. No contexto de sua morte, Sócrates consagrou valores que foram posteriormente absorvidos por Platão e Aristóteles, precisamente no que pertine ao respeito e manutenção das normas e convenções. A relevância do exemplo pessoal vem ressaltada por Eduardo Bittar (2001, p. 53), que indica a ideia de Sócrates de que “o foro interior e individual deveria submeter-se ao exterior e geral em benefício da coletividade”. Assim, a submissão de Sócrates à sentença condenatória representou “não só a confirmação de seus ensinamentos, mas, também, a revitalização dos valores sociorreligiosos acordantes com os que foram a base da construção da própria cidade-estado grega”.

Ainda sobre a ideia de Justiça na Antiguidade Clássica, é relevante mencionar a ideia Platônica. Platão foi herdeiro direto do pensamento Pitagórico sobre a justiça, sendo, outrossim, seguidor do método² e dos ensinamentos Socráticos³. O autor desenvolveu sua teoria sobre a justiça inicialmente distanciando a justiça divina da humana. A primeira seria absoluta, mas inalcançável pelos homens. A segunda, ineficaz e relativa. Contudo, a primeira não desmerece a segunda, ao contrário, aquela é o fundamento para a obediência desta. Assim, a ordem estabelecida na constituição deve ser obedecida como transcendência da justiça absoluta, sendo então as leis justificadas metafisicamente, devendo-lhes o cidadão obediência absoluta, mesmo que fossem iníquas.

Importante, ainda, destacar o pensamento de Aristóteles. No livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles examina exaustivamente os conceitos de justiça. O autor parte do senso comum que se exprime através da linguagem. Assim, para entender a justiça, há de se percorrer todos os seus significados, sendo necessário destilar e verificar cada um deles, mostrando as nuances de sentido.

-
- 1 O ceticismo é característica basilar da sofística. Com efeito, para os sofistas, “o conhecimento reduz-se à opinião e o bem, à utilidade. Consequentemente, reconhece-se a relatividade da verdade e dos valores morais, que mudariam segundo o lugar e o tempo” (ABBAGNANO, 2000, p. 918).
 - 2 O “método socrático”, também conhecido como maiêutico, consiste na transmissão das ideias a partir de diálogos constituídos por uma série de questões breves e respostas precisas. Vale conferir, sobre o tema a ampla descrição de Giordani (1972, p. 357).
 - 3 Platão pôs Sócrates como personagem central da maioria de seus diálogos, tendo sido importante para a preservação das ideias de Sócrates, já que esse último não deixou obras escritas.

De início, uma das distinções conceituais mais relevantes na perspectiva de Aristóteles é a justiça universal e a particular. A primeira, também chamada de total ou integral, é o gênero do qual a segunda é a espécie. A justiça universal relaciona-se à legalidade. Enquanto a justiça universal fixa seu conteúdo na legalidade, a justiça particular tem seu parâmetro na igualdade. Assim, a justiça particular é menos abrangente do que a primeira, pois “tudo que é desigual é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é desigual” (1130 b, 13/15).

Mencionada a distinção entre o gênero – justiça universal – e a espécie – justiça particular –, Aristóteles continua a sistematização indicando as subespécies da justiça particular: a justiça distributiva e a corretiva. Ambas diferenciam-se na medida em que a primeira “se manifesta nas distribuições das honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição” (1130 b, 30), enquanto a segunda “desempenha papel corretivo nas transações entre indivíduos” (1130 b, 35).

Conforme se extrai do texto supramencionado, a justiça distributiva tem lugar numa relação público-privado em que há relação de subordinação entre governantes e governados. A justiça distributiva, para Aristóteles, deve ser ao mesmo tempo “intermediária, igual e relativa”. Intermediária porque deve encontrar-se entre certas coisas. Igual porque envolve duas coisas. E, finalmente, relativa, ou seja, para certos destinatários.

A justiça distributiva é aquela que se estabelece nas relações de subordinação público-privado em que a divisão de ônus e benesses deve ser feita de acordo com a proporcionalidade ensejada pelo critério de mérito escolhido pela constituição de dada comunidade. Prosseguindo no texto, Aristóteles passa à definição da justiça corretiva. Diferentemente da justiça distributiva, que se estabelece em relações de subordinação, a justiça corretiva é estabelecida entre indivíduos que se encontram em condições de coordenação, ou seja, tem lugar entre iguais.

2.2 – A ideia de Justiça na Idade Média: o pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino

Uma análise da evolução da ideia de justiça não poderia deixar de cuidar, na Idade Média, do pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, maiores expoentes filosóficos do período.

Como maior representante da filosofia patrística, Santo Agostinho foi autor de diversos escritos relevantes sob o ponto de vista filosófico. Em relação à ideia de justiça, cumpre assinalar que a concepção sobre a justiça de Santo

Agostinho está ligada ao pecado original. Com efeito, por meio do conceito de pecado das origens, Santo Agostinho explicita uma condição humana real, sujeita aos vícios e às vicissitudes temporais. O retorno à condição primeira de felicidade vivida pelo homem, segundo ele, só é possível por intermédio da justiça. Em seu estado inicial, o homem partilhava diretamente da justiça absoluta, isto é, divina e imutável. Após o pecado original, a justiça humana passou a ser relativa, temporal e mutável.

Para Santo Agostinho, todos os homens são iguais porque todos são filhos de Deus – eis a justiça divina. Mas eles serão tratados desigualmente, de acordo com seu mérito, que consiste na observância da lei divina, da lei natural e, depois, da lei dos homens.

O supremo ato de justiça do homem será a submissão à lei de Deus. A igualdade absoluta e, portanto, a justiça perfeita, só existe na Cidade de Deus. A Cidade dos Homens tem que se submeter à Cidade de Deus. Para o autor, deve ser observada a hierarquia da ordem natural criada por Deus: o corpo deve submeter-se à alma, a alma a Deus e as paixões à razão.

Tomás de Aquino, por seu turno, é outro grande nome da filosofia cristã na idade média, sendo o maior expoente da escolástica. Entre suas obras mais relevantes, destacam-se a Suma Teológica e a Suma contra os Gentios. Em relação à justiça, destaque-se que Tomás de Aquino também considera que o homem deve se aperfeiçoar para se aproximar cada vez mais de Deus, seu fim último. O autor distingue a alteridade e a igualdade como os dois elementos da justiça: o homem deve realizar sua procura por Deus, com os outros, que, igualmente, almejam a perfeição.

Assinale-se que o autor define a virtude como uma disposição ou inclinação para agir conforme a razão, o que leva à conclusão de que a justiça é a perfeição do ato humano. A virtude, por seu turno, divide-se em intelectual e moral.

Tomás de Aquino, com inspiração aristotélica, divide a justiça em três formas distintas: a) a justiça geral, que regula os atos dos indivíduos para com a sociedade, a fim de lograr o bem comum; b) a justiça distributiva, que regula os direitos dos membros da sociedade em face da autoridade; e c) a justiça comutativa, que se ocupa de regular as relações dos particulares entre si (MONREAL, 1988, p. 60).

2.3 – A Justiça na Idade Moderna: Hobbes, Rousseau e Kant

A análise do conceito de Justiça na Idade Moderna partirá dos textos de “O Leviatã”, de Thomas Hobbes, o “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos

da Desigualdade entre os Homens”, de Jean Jacques Rousseau, “Metafísica dos Costumes” e “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, ambos de Immanuel Kant. Os textos foram extraídos da antologia especialmente preparada por Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca (2005).

Para Hobbes, a noção de Justiça é desprovida de sentido, caso não seja considerada à luz da soberania. Prevalece, assim, o Estado, em relação ao Direito Natural. Segundo o autor, na sua obra “O Leviatã”, os nomes justo e injusto quando atribuídos aos homens significam uma coisa, e quando atribuídos às ações significam outra. Indica Hobbes que, quando atribuídos aos homens, significam a conformidade ou não com os costumes e, quando atribuídos às ações, significam a conformidade ou não com a razão de ações individuais (MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 116). Prossegue Hobbes aduzindo que o nome que cabe aos homens na primeira acepção seria honesto e desonesto, enquanto o nome que cabe pela justiça de suas ações é de inocente e o cabível pela injustiça de suas ações é o de culpado.

Em outras palavras, aponta Hobbes que a injustiça dos costumes é a predisposição ou o dom para fazer o mal aos outros, ou seja, é injustiça antes de gerar ação e não pressupõe nenhum indivíduo específico como objeto do mal. Em contrapartida, a injustiça da ação pressupõe um indivíduo específico como objeto do mal. Aponta ainda Hobbes que a justiça das ações é dividida pelos escritores entre comutativa e distributiva, mas afirma que essa distinção não é correta e justifica essa afirmação aduzindo que, na verdade, a justiça comutativa é a justiça dos contratantes e a justiça distributiva é a justiça do árbitro.

Já segundo Rousseau, as questões de justiça não podem ser tratadas com vistas apenas à busca da estabilidade das instituições, mas pressupõem a prioridade de um critério normativo independente, que permitem analisar a justiça de uma ordem social dada em cotejo com a justiça ideal.

O autor analisa o progresso da desigualdade na humanidade, individuando três etapas. A primeira caracterizar-se-ia pela fundação da lei e do direito de propriedade; a segunda, na instituição da magistratura, e a última na transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Segundo Rousseau, a condição de rico e pobre teria sido autorizada pela primeira época, a de poderoso e fraco pela segunda e a de senhor e escravo pela terceira.

Sustenta Rousseau, assim, que a desigualdade, sendo quase nula no estado natural, tira a própria força e o próprio incremento do desenvolvimento das nossas faculdades e do progresso do espírito humano, tornando-se, por fim, estável e legítima para a instituição da propriedade e das leis.

Dessa forma, conclui o autor que a desigualdade moral, autorizada apenas pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não se mostrar em proporção com a desigualdade física. Aponta o autor que a distinção determina com suficiência o que se deve pensar a respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos civilizados, que seria contra a lei natural, precisamente o fato de que “um menino comande um velho, que um imbecil guie um sábio e que um pequeno grupo de homens tenha coisas supérfluas em abundância, enquanto a multidão faminta não dispõe do necessário” (MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 210).

Kant, por seu turno, formula, na obra “A Metafísica dos Costumes”, uma introdução à doutrina do direito⁴. Nesse sentido, o autor pergunta o que é direito, definindo-o como o conjunto de condições, por meio das quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade.

A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação, quando a mesma não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais. Considera injusta a ação que viola a liberdade de uma pessoa. Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o Direito. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade segundo a existência de uma lei universal do direito. Kant aponta, assim, o princípio e a lei universais do direito. O princípio universal é que qualquer ação é conforme o direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros, segundo uma lei universal. A lei universal do direito, por seu turno, seria a seguinte: “age externamente, de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.

Em relação à equidade, reconhece Kant (1993, p. 51) que o direito estrito é uma injustiça. Contudo, afirma que essa injustiça não pode ser corrigida por meio do direito, por mais que se refira a uma questão de direito, “porque a reclamação que se funda na equidade somente tem força no tribunal da consciência, ao passo que a questão de direito é discutida no tribunal civil”.

2.4 – A ideia de Justiça na contemporaneidade: o pensamento de John Rawls

Dentre as inúmeras vertentes filosóficas que analisam a noção de justiça na Idade Contemporânea, o presente trabalho volta-se ao estudo da obra de

4 A obra “Doutrina do Direito” referenciada na bibliografia é justamente a primeira parte de “A Metafísica dos Costumes”, publicada no Brasil de forma separada em 1993.

Rawls. Afirma John Rawls que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento. Demonstra que essas proposições parecem exprimir nossas convicções intuitivas sobre o primado da justiça. A partir dessas definições, Rawls indica que pretende verificar se as mesmas são válidas e, em caso positivo, de que modo pode-se tentar uma reconstrução racional a partir delas. Para esse objetivo, afirma, é necessária a construção de uma teoria sobre a justiça, que passa a desenvolver em sua obra “Uma Teoria da Justiça”.

Assim, o autor não cuida de justiça pessoal, mas de justiça política, social e institucional. O objeto da teoria de justiça de Rawls compreende a estrutura básica da sociedade, isto é, o conjunto das instituições encarregadas da distribuição de direitos e deveres fundamentais e da divisão dos benefícios oriundos do esforço coletivo. O autor propõe-se a responder a pergunta: o que é uma sociedade justa? Para tanto, adota o postulado de que, assim como toda teoria deve ter como objetivo a busca da verdade, toda sociedade deve ter como fim a realização da justiça. A justiça é a virtude cardeal de toda e qualquer instituição política, social ou econômica.

Rawls distingue o conceito de justiça, no sentido de um equilíbrio apropriado entre exigências em contraste e as concepções sobre a justiça, como conjunto de princípios correlatos que identificam as condições relevantes para determinar esse equilíbrio.

Na busca de uma sociedade justa, Rawls concebe um procedimento ideal formado por duas etapas. Na primeira etapa, ocorre a “posição original”, estratégia neocontratualista que, associada ao “véu de ignorância” em que se encontram os indivíduos, leva à escolha de dois princípios fundamentais: o da liberdade e o da distribuição, esse último subdividido nos princípios da diferença (toda e qualquer desigualdade somente se justifica se beneficiar os menos afortunados) e da igualdade de oportunidades. Na segunda etapa, os indivíduos, embora desconheçam ainda a sua posição econômica ou social, estão cientes dos princípios de justiça e do modelo econômico-cultural da sociedade que pretendem organizar através de normas constitucionais.

A posição original é uma ficção teórica que permite operar com a ideia de justiça como equidade, na medida em que os indivíduos hipotéticos que deliberarão sobre os princípios de justiça encontram-se em pé de igualdade, igualdade que seria inimaginável se considerássemos os indivíduos enquanto inseridos em posições reais. Além disso, o véu de ignorância funciona como um expediente epistemológico, que garante a imparcialidade do procedimento (RAWLS, 1981, p. 119).

Quanto ao conteúdo da concepção de justiça acordada na posição original, Rawls (1981, p. 67) esclarece que se trata de dois princípios fundamentais: a) igual liberdade para todos (máxima liberdade); e b) as desigualdades econômicas e sociais somente serão toleradas (princípio da distribuição) se beneficiarem os menos favorecidos (princípio da diferença) ou estiverem vinculadas a cargos e posições de acesso universal (princípio das oportunidades equitativas). Os dois princípios mencionados parecem ser uma base equitativa sobre a qual os mais bem-dotados ou mais afortunados em sua posição social, sem que se possa dizer de ninguém que o merecia, podem esperar cooperação voluntária dos outros, no caso de algum esquema praticável ser condição necessária para o bem-estar de todos.

Frente à igualdade e à liberdade, produzem-se as desigualdades sociais e econômicas entre os homens. O autor percebe que uma concepção de justiça não pode anular nem os dons naturais, nem as contingências ou desigualdades sociais que vão incidir nas estruturas política, econômica e, em geral, em todas as dimensões da vida. Para Rawls, a justiça, como imparcialidade, apoia-se na teoria contratualista e na teoria da eleição racional. O autor elabora uma teoria ideal de Justiça, ele denomina de Justiça como Imparcialidade.

2.5 – A amplitude da Ideia de Justiça: as sistematizações de Alf Ross e Perelman

Em obra específica sobre Direito e Justiça, Alf Ross apresenta uma análise da ideia de justiça, na qual aponta que o postulado de justiça, no decorrer dos tempos, equivale a uma exigência de igualdade. Porém, essa igualdade não é tomada em termos absolutos. Ao contrário, a fórmula da igualdade possui dois elementos: a exigência formal de igualdade e o critério material para a determinação da classe a que se aplica a norma de igualdade.

A exigência formal de igualdade, por sua vez, não exclui uma diferenciação entre pessoas que se acham em circunstâncias distintas. Assim, aponta o autor que as diversas formulações de justiça, para grupos ou contextos diversos, incluem, além da ideia de igualdade, um padrão de avaliação, que é exemplificado por Alf Ross (2003, p. 315) da seguinte forma: 1) a cada um segundo seu mérito; 2) a cada um segundo sua contribuição; 3) a cada um segundo suas necessidades; 4) a cada um segundo sua capacidade; e 5) a cada um segundo sua posição e condição.

Ressalta Alf Ross que pela primeira fórmula apontada, o critério é dado pelos méritos morais ou o valor moral de uma pessoa, e a ideia de justiça exige

uma relação proporcionada entre mérito e destino – neste mundo ou em outro. Pela segunda fórmula, sustentada pelo socialismo marxista, o fator de avaliação é a contribuição que cada pessoa faz à economia social. Pelas terceira e quarta fórmulas, aplicadas conjuntamente pela teoria comunista, cada qual deverá contribuir de acordo com sua capacidade e receber de acordo com suas necessidades. Finalmente, pela quinta fórmula, tem-se um princípio aristocrático de justiça que tem sido utilizado para justificar distinções de classe social.

Também indicando a amplitude da ideia de justiça, Perelman (2000, p. 9), por seu turno, aponta que é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça, sustentando, porém, que as concepções mais correntes de justiça seriam: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo os seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; e f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Dentro dessa sistematização, a primeira concepção não estabelece nenhuma distinção entre os seres, enquanto a segunda exige um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, segundo um critério moral. Na terceira concepção, o tratamento é proporcional ao resultado da ação. Na quarta, levam-se em conta as necessidades vitais do indivíduo. A quinta concepção é aristocrática. Finalmente, para a sexta posição, ser justo é aplicar as leis do país. Essa última concepção, conforme ressalta Perelman (2000, p. 12), não se arvora em juiz do direito positivo, mas se contenta em aplicá-lo.

2.6 – Afinal, o que é justiça?

Após o desenvolvimento da ideia de justiça, pode-se dizer que não se pode chegar a um critério absolutamente válido de justiça. Porém, remanesce a questão sobre qual critério de justiça seguir.

Segundo Perelman (2000, p. 33), cada vez que falamos de justiça devemos fazer a pergunta sobre qual tipo de justiça estamos a tratar, se da justiça formal⁵ ou das inumeráveis concepções de justiça concreta.

Pode-se afirmar que a ideia de justiça não é uníssona na Filosofia. Ao contrário, ao estudar-se o pensamento filosófico sobre o tema, constata-se a multiplicidade de definições e valores idealizados ou protegidos. Assim, caberá ao legislador ou aplicador do direito optar claramente por qual critério

5 Perelman (2000, p. 33) define justiça formal como o “princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

de justiça seguir, desnudando sua posição ideológica e, a partir daí, tomando posição. Firmada a posição, porém, surge outra questão, justamente o problema da necessidade de segurança jurídica, essencial para as relações sociais. Na realidade, o embate entre os valores segurança jurídica e justiça é sempre constante, com prevalência de um ou de outro, a depender do período histórico e do âmbito de observação.

3 – A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONFRONTO COM A IDEIA DE JUSTIÇA

Da mesma forma que a justiça é um anseio fundamental do homem que transcende o individual e alcança o social, também a segurança jurídica é uma necessidade essencial do ser humano.

Nesse aspecto, Recaséns Siches (1968, p. 703) assinala que muito embora o Direito Positivo se inspire em valores de conteúdo como a justiça e se considere justificado na medida em que realiza essas exigências de valores, não obstante, o Direito “nasce originariamente na vida humana para satisfazer uma necessidade de certeza e de segurança em determinadas relações sociais, consideradas da maior importância”.

É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si.

De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural.

Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Aponta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas, “uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade” (CAVALCANTI FILHO, 1964, p. 54).

A perspectiva contemporânea da segurança jurídica aponta, por seu turno, sua dúplici natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p. 3), a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legisla-

tivos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à ideia da proteção à confiança⁶.

Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

4 – O EMBATE ENTRE OS VALORES JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA: O EFEITO PROSPECTIVO NA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DE JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os estudos sobre a adoção da jurisprudência consolidada dos tribunais não podem passar ao largo das discussões acerca da segurança jurídica, uma vez que o fundamento maior de tais súmulas é justamente a insegurança jurídica gerada pela multiplicidade de decisões judiciais sobre o mesmo tema. Ao mesmo tempo, como a mudança de interpretação da jurisprudência consolidada dos tribunais está geralmente associada ao valor justiça, na realidade as discussões sobre o tema gravitam em torno da constante dualidade entre segurança e justiça.

Nessa mesma linha, ressalta Batista Machado (1987, p. 54) que a exigência de justiça e segurança acham-se numa relação de “tensão dialética”, havendo casos em que as necessidades práticas do direito podem exigir que o valor segurança tenha um maior peso que a justiça, muito embora também, por outro lado, a depender da hipótese, essa mesma segurança deverá ceder diante do valor justiça.

Como, então, dentro de tal embate, construir uma pauta valorativa capaz de solucionar as questões cotidianas? Eis o desafio do mundo contemporâneo⁷.

6 Conforme afirma Almiro do Couto e Silva (2005, p. 4), modernamente, no Direito Comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos: o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança, que seria a perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

7 Miguel Reale (1978, p. 235) ressalta a possibilidade de uma variável ordenação hierárquica dos valores, destacando que várias tentativas de classificação dos valores foram feitas, algumas procurando seguir um critério formal, outras um critério de conteúdo. Entre as classificações e ordens de hierarquia, mister ressaltar-se a construção de Max Sheler, que insere o valor justiça/injustiça entre os valores espirituais morais e o valor exato-evidente/aproximado-provável entre os espirituais intelectuais, ambos no mesmo nível, porque inseridos na mesma classificação de valores espirituais.

Sobre tal tema Radbruch (2004, p. 114) refere que, historicamente, podem ser destacados prevalências de um ou outro valor. Assim, segundo aponta o autor, no período do direito natural há a prevalência do valor justiça. No extremo oposto, no período positivista, a unilateralidade do direito positivo era a marca presente e unilateral da segurança jurídica⁸. Contudo, conforme ressalta Radbruch, a unilateralidade dessas épocas jurídicas, desligadas umas das outras, estariam então em condições de tornar visível a multilateralidade atual da ideia de direito.

A relação entre os dois valores é assim, necessariamente, dialética e constante, estando, outrossim, na maioria das vezes, em tensão. Ademais, a tensão inerente ao embate dos valores é ainda sobremaneira agravada porque, conforme visto no capítulo segundo desta monografia, existem diversos critérios de justiça, filosoficamente identificáveis, o que resulta na dificuldade de verificação unívoca da justiça do caso concreto.

Mas a amplitude dos critérios de justiça não pode servir de base para o afastamento do valor. Ao contrário, se todos na sociedade têm a pretensão, pelo menos publicamente, de serem justos e entendem como justas suas pretensões, então há a necessidade de definição de qual seria a justiça concreta em cada situação, e, para tanto, importante seria a fixação de uma pauta de definição dos critérios de justiça para o caso concreto.

Se existe a multiplicidade de critérios, então deverá o aplicador do direito externar a sua ideia de justiça, fazendo uma expressa opção ideológica dentre os diversos critérios filosoficamente defensáveis. Seria uma espécie de desnudamento do Direito, que, deixando de lado conceitos genéricos e sem conteúdo de “justiça”, optasse por um critério concreto a ser considerado.

Nesse aspecto, não é necessário optar entre justiça e segurança. Se a opção do critério de justiça é necessária para desnudamento da ideologia, a opção entre justiça e segurança é mais bem definida em termos de predominância e coexistência, pois, conforme já exposto, existe uma constante tensão entre os dois valores, que podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado.

Cada vez mais o direito brasileiro vem se valendo dos precedentes judiciais. Muito embora ainda continuemos da sistemática romano-germânica, da *civil law*, a cada dia aumenta a aplicação dos precedentes. Nos sistemas que

8 Kelsen (1979, p. 9) foi enfático ao excluir os questionamentos sobre a justiça, afirmando que uma norma jurídica positiva não pode ser injusta, uma vez que o autor pregava a independência da validade da norma jurídica positiva em relação à norma de justiça.

adotam a *common law*, como os EUA e a Inglaterra, prevalece a teoria do *stare decisis*, segundo a qual a *ratio decidendi* do precedente judicial, em especial dos tribunais superiores, é dotada de eficácia vinculante para a própria corte e para os juízos hierarquicamente inferiores⁹.

Assim, em casos em que se modifique jurisprudência longamente adotada, pode-se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, em diversas situações de alteração sumular. Por exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 em que o STF cancelou o enunciado da Súmula nº 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

Outro exemplo de eficácia prospectiva, também ressaltado por Gilmar Mendes (2012), foi o Conflito de Competência 7.204, que 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”.

De igual forma, ainda com os exemplos do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82.959, foi declarada a inconstitucionalidade prospectiva da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos. Ainda, a questão da fidelidade partidária, na qual a Corte, ante a 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 1.398, precisamente em 27 de março de 2007 (MENDES, 2012).

Dessa forma, propõe-se que os tribunais superiores, nas hipóteses de alteração substancial do conteúdo de suas súmulas, possam dar efeito prospectivo a suas decisões, para ir ao encontro do valor segurança jurídica, tão intrinsecamente ligado a própria noção da importância do direito sumulado.

9 A força do precedente vem do seu núcleo principal, também conhecido como *ratio decidendi*. Como salienta José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12), a *ratio decidendi* é composta pela: a) indicação dos fatos relevantes da causa; b) do raciocínio lógico jurídico da decisão; e c) do juízo decisório. Por outro lado, chama-se *obiter dictum* tudo aquilo que é dito de passagem na motivação da decisão, que não tenha importância para o resultado da decisão. Ou seja, é toda a parte da fundamentação que não integra a *ratio decidendi*.

5 – CONCLUSÃO

O presente artigo cuidou do embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança, demonstrando a constante tensão entre esses valores no decorrer da evolução do raciocínio jurídico, ao tempo em que procurou fixar a dicotomia dentro da alteração substancial do conteúdo sumular dos tribunais superiores.

Como se verificou a amplitude do conteúdo da justiça, cabe ao aplicador do direito estabelecer sua própria pauta valorativa, o que somente pode ser feito através de uma clara opção ideológica. Assim, definido o critério de justiça que se adota, pode-se passar à questão posterior, ou seja, ao embate da justiça com a segurança jurídica.

Em relação à segurança jurídica, tradicionalmente, seu conteúdo esteve associado às ideias de ordem e certeza. A perspectiva contemporânea, porém, agrega também a ideia de proteção à confiança, que seria a perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

Discussões contemporâneas concretas demonstram a importância da adoção de alterações prospectivas de jurisprudência consolidada, observadas as particularidades do caso concreto. Nesse contexto, o embate entre os valores justiça e segurança jurídica podem ser resolvidos em termos de predominância e coexistência. Assim, segurança e justiça podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado, não se devendo falar numa preponderância apriorística, e muito menos em exclusão de um dos valores a partir do ponto inicial do raciocínio jurídico, mas permitindo, conforme o caso, o efeito prospectivo da alteração sumular.

6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. In: *Os pensadores*. Seleção de textos por José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa*. Petrópolis: Vozes, 1995.
- CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964.
- CORBISIER, Roland. *Introdução à filosofia*. Tomo II – Parte 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

DOCTRINA

- COUTO E SILVA, Almiro do. “Princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9784/99)”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n. 2, abr./jun. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 maio 2006.
- CRETELLA Jr., José. *Curso de filosofia do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1972.
- GUIBOURG, Ricardo A.; GHIGLIANI, Alejandro M.; GUARINONI, Ricardo V.. *Introducción al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- MENDES, Gilmar. Segurança jurídica e mudança na jurisprudência eleitoral. *Consultor Jurídico*. 18.08.12. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-ago-18/observatorio-constitucional-seguranca-juridica-jurisprudencia-eleitoral>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- NÓBREGA, J. Flóscolo da. *Introdução ao direito*. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- NOGUEIRA, Antônio Henrique. *O conceito de justiça na República de Platão*. Disponível em: <<http://www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/antigas/dissertatio12.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2006.
- OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Filosofia do direito ocidental: momentos decisivos*. Porto Alegre: Sagra DC Luzzatto, 1996.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *A filosofia do direito e do estado e suas maiores correntes (síntese didática)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1976.
- PLATÃO. *A república*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Brasília: UnB, 1981.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- ROSS, David. *Aristóteles*. Lisboa: Dom Quixote, 1987.
- RUSSEL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Vol. I e III. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- STANFORD, Artur. “Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução”. In: *Revista do Senado*. Brasília. ano 36, n. 141, jan./mar. 1999.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado de sociologia*. Porto Alegre: Globo, 1968.