

SEGURANÇA JURÍDICA

Jorge Amaury Maia Nunes

Advogado, Professor da UnB, doutor em Direito pela USP

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora o assunto já tenha sido objeto de preocupações iguais a esta, desde o séc. XII²⁷⁰, raramente eram encontradas, na seara da doutrina do século passado, investigações acadêmicas de caráter monográfico sobre segurança jurídica.

Sem embargo disso, em meados do século XVII, pode-se encontrar em THOMAS HOBBS, no capítulo XVII do *Leviatã*, que cuida do Estado, referência ao tema. Deveras, quando trata de justificar a sua criação,

²⁷⁰ Anne-Laure Valembois, indica que a Segurança Jurídica foi teorizada no séc. XII, quando foram elaborados os primeiros princípios da dialética. Com efeito, continua, foi naquela época que a primeira reflexão universitária, fundada sobre a pesquisa e sobre a resolução de contradições repercute no Direito e conduz, em Bolonha, por exemplo, à redação, em 1139, do Decreto de Graciano que tem por objetivo conciliar os cânones contraditórios editados até então, conferindo, assim, uma coerência ao Direito Canônico. *In* VALEMBOIS, Anne-Laure La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, p. 10.

evidência que ao enorme *Leviatã* incumbirá a missão, por força do pacto de sujeição²⁷¹ a que os homens se submetem, de garantir-lhes a paz e a defesa. Isso é dito após ter sido demonstrado que essa é a única forma de atribuir segurança aos homens, o que não era conseguido com as leis naturais “que cada um respeita quando quer respeitar.”²⁷²

Essa manifestação vai ao encontro do que já afirmara HUGO GRÓCIO no sentido de que “a idéia de segurança interna e externa constitui uma necessidade vital para o indivíduo”²⁷³. Também SPINOZA, ao examinar a formação do Estado, caminha por essa vereda: “Quem, com efeito, decidiu obedecer a todas as ordens formais da *Civitas*, quer por recear o seu poder quer por amar a tranqüilidade, procura a sua própria segurança e os seus interesses consoante a sua própria vontade.”²⁷⁴

Nada, entretanto, de substancioso, foi acrescentado com o passar do tempo. Parece que, somente com a crescente perda do Direito da aptidão de outorgar segurança jurídica à sociedade, a doutrina houve por bem exercer tentativas de entender e teorizar esse princípio.

No Direito Brasileiro, no âmbito da Teoria Geral

²⁷¹ Tenha-se presente a objeção levantada por Hegel que, ao assumir o conceito de “totalidade ética” procura desconstruir o contrato social, por ser racionalmente inadequado à realização do objetivo a que se propunha explicar. *In*, Norberto Bobbio, Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, estado. Trad. Carlos Néelson Coutinho, 2ª. Edição — São Paulo: Editora Brasiliense, 1991, p.p. 30 e 34.

²⁷² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado escolástico e civil*, trad. Alex Martins — São Paulo: Editora Martin Claret Ltda., 2006, pp. 127/131.

²⁷³ COMPARATO, Fábio Konder, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno* — São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 200.

²⁷⁴ SPINOZA, Benedictus, *Tratado Político*, p. 42

do Direito, há a considerar a obra de clássica obra de THEOPHILO CAVALCANTI FILHO, sobre O Problema da Segurança no Direito e, mais recentemente, a de CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA sobre Segurança Jurídica e Jurisprudência. No direito francês, até o início da década de 90 do século passado, era habitual a queixa a respeito da falta de investigação sobre o assunto. Após essa época, ainda que de forma pouco sistematizada, o panorama inverteu-se e passaram a proliferar estudos sobre o tema, tanto na área do direito público como na do direito privado.

É certo dizer, hoje, que as sociedades contemporâneas perceberam a necessidade de retomar o discurso e a discussão sobre a segurança jurídica como forma de preservar sua própria sobrevivência, admitindo, como será visto posteriormente, o imperativo de sua regulação para além da simples análise filosófica, pugnando a sua positivação.

A SEGURANÇA JURÍDICA COMO CATEGORIA DE INTERESSE DA TEORIA GERAL DO DIREITO

Preambularmente, quanto ao ponto, cumpre assinalar que não se pretende aprofundar qualquer discussão sobre se segurança jurídica constitui (i) uma categoria — parece que seria possível assim entender. Se não no conceito aristotélico²⁷⁵, ao menos dentro do

²⁷⁵ Alaôr Caffé Alves, ao examinar as categorias aristotélicas esclarece que são os modos mais gerais de se predicar algo a um sujeito, que, de sua vez, é considerado uma singular categoria, dado que não se pode predicar no vazio. Aduz que “essa forma de considerar o mundo e o pensamento, de modo ordenado segundo categorias, influenciou a forma de fazer ciência sistemática, pois em todos os campos do saber humano podemos buscar nas categorias básicas de cada temática científica, permitindo, assim, colocar uma certa ordem lógica na compreensão dos respectivos fenômenos estudados. Muitos

conceito de categoria proposto por KANT, como condições de possibilidades²⁷⁶; ou (ii) um princípio, aqui considerado como uma verdade fundante. Não que isso seja absolutamente irrelevante, mas sim porque, qualquer que seja a conclusão, o tema continuará sendo de interesse da Teoria Geral do Direito, que é o que se busca demonstrar.

Ademais, mostra-se possível conciliar categoria e princípio. Basta, para isso, ter presente a ponderação de JAIME GUASP: “...los principios del Derecho se designan como *categorías*. La palabra se emplea ... como um término apto para designar um cierto ser, o modo de ser, que, sin estar previamente condicionado, condiciona él, a su vez, a toda la ulterior realidad a que se aplica.”²⁷⁷

Feita a advertência inicial, cabe investigar o conceito de segurança jurídica na sua plurivocidade, sua importância para o próprio conceito de Direito e para a vida em sociedade, cumprindo verificar o estado dos estudos feitos até os dias de hoje.

HELMUT COING, em breve passagem dos seus Elementos Fundamentais da Filosofia do Direito, evidencia os fins da formação do Direito: segurança e paz, justiça, igualdade e liberdade. Sobre a segurança, expressa o entendimento de que se funda, basicamente, no respeito ao que decidido e na previsibilidade da conduta tida como reta: “o que é determinado legalmente deve ser excluído da arbitrariedade; nem aquele que

também as denominam de “Princípios”. (os destaques são do original) *In*, ALVES, Alôr Caffé. Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico — 2ª. edição — São Paulo: Quartier Latin, 2002, pp. 211/213.

²⁷⁶ Poder-se-ia cogitar da segurança jurídica como um valor, mas, atentando ao magistério de Miguel Reale, que considera o valor uma categoria fundamental (Filosofia do Direito, 1º volume, p. 187) não faria muito sentido essa terceira classificação.

²⁷⁷ GUASP, Jaime. *Derecho*. — Madrid: Graficas Hergon, 1971, pp. 293/294.

determina o Direito, nem aquele ao qual o direito se dirige, deve violá-lo. Ele deve perdurar... a pessoa pode organizar-se com base nisto, ela pode construir sua vida na proteção desta ordem.”²⁷⁸

Bem por isso, o Relatório Público de 2006 do Conselho de Estado da França²⁷⁹ assinala, de forma enfática, que “face à desordem do Direito, o princípio da segurança jurídica aparece como último ramo ao qual se agarram as jurisdições supremas para manter um semblante de ordem e permitir ao Direito cumprir a missão que normalmente lhe é destinada.”

Embora sem haver atentado para o estado de desordem do Direito, JOÃO BAPTISTA MACHADO²⁸⁰ assevera que “uma das principais funções das instituições sociais é criar estruturas de ordem e estabilidade nas relações entre os membros da comunidade. Cabe ao direito acrescentar a essa estabilidade ordenadora das instituições sociais uma segurança ordenadora específica e própria a que se pode dar o nome genérico de segurança jurídica.” Daí que, sendo a segurança uma das exigências feitas ao Direito, acaba por representar “uma tarefa ou missão contida na própria idéia de Direito.”²⁸¹

THEOPHILO CAVALCANTI FILHO situa a segurança jurídica como razão fundamental do Direito e, não obstante repudie a assimilação do Direito ao Estado — demonstrando que o institucionalismo de SANTI ROMANO rebate, com vantagem, as teses estatistas de

²⁷⁸ COING, Helmut. Elementos fundamentais da filosofia do direito, trad. da 5ª. Edição alemã por Elisete Antoniuk. – Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 2002. pp. 190/191.

²⁷⁹ Rapport Public 2006: Jurisprudence et avis de 2005, Sécurité Juridique et complexité du droit, Études & Documents, n° 57, p. 330, nossa tradução.

²⁸⁰ MACHADO, João Baptista. Introdução ao direito e ao discurso legitimador, p.55.

²⁸¹ Idem, ibidem.

HOBBS, ROUSSEAU, KANT, HEGEL, IHERING, AUSTIN e, óbvio, Kelsen —, termina por afirmar que “a certeza e a segurança jurídica têm em última análise como ponto básico o direito estatal ao qual cabe, como atributo essencial, o de se fazer valer de forma inexorável”²⁸².

É necessário destacar que, sem embargo disso, para ele, o Direito constitui um princípio natural, uma espécie de inerência da própria vida societária “que exige, essencialmente, ordem, organização e segurança.”²⁸³

Dessas duas afirmações decorre a possibilidade de admitir-se um viés conducente a uma forma de pluralismo jurídico, ou, pelo menos, que o centro de imputação não é o Estado, mas sempre tendo em mira que “a razão fundamental que justifica o direito é a exigência de certeza e segurança nas relações que se estabelecem em sociedade”²⁸⁴.

A obra de THEOPHILO CAVALCANTI FILHO, forte no magistério de RADBRUCH lembra a proclamação de que a justiça e a segurança “são os únicos elementos universalmente válidos da idéia de direito”²⁸⁵. Daí, não por acaso, a inserção da segurança jurídica no âmbito da Teoria Geral do Direito, sem embargo da forte vocação da doutrina mais recente para situá-la na esfera do Direito Constitucional, como será demonstrado de forma mais detalhada, posteriormente.

Não é encontrado, entretanto, ao longo de toda a obra em exame, o recorte esperado sobre o que representa a segurança jurídica, sua definição, seus limites. É certo, abrem-se capítulos sobre

²⁸² CAVALCANTI FILHO, Theophilo. O problema da segurança jurídica no direito, Revista dos Tribunais, 1964, p. 51. Vale o registro de que, quanto ao ponto, o Autor não abriu espaço para o institucionalismo de Maurice Hauriou.

²⁸³ Obra citada, p. 43.

²⁸⁴ Idem, p. 52.

²⁸⁵ Idem, p. 80.

contratualismo e segurança; sobre segurança e justiça, para asseverar que a ordem jurídica não é indiferente à idéia de justiça. Há, também, uma visão tridimensionalista da segurança, mas não se têm os seus contornos. Não obstante isso, fica demonstrado que THEOPHILO CAVALCANTI FILHO entende ser a certeza do direito “fundamental ao homem, porque lhe permite saber qual a qualificação que poderá esperar para a sua ação ou para a ação dos demais”²⁸⁶, formulação que, certamente, representa um dos muitos e importantes sentidos da segurança jurídica — e, registre-se, fundamental para os fins do presente estudo — mas que está longe de ser o único viés de investigação.

CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, ao tratar da segurança jurídica e da certeza do Direito, entende a primeira como “valor fundamental das sociedades atuais”²⁸⁷, colocando-a como objeto de estudo da Teoria Geral e da Filosofia do Direito²⁸⁸.

Ao perscrutar o pensamento de MOTA DE SOUZA, impende deixar claro que, para ele, segurança jurídica e certeza do direito não são a mesma coisa, embora em um dos conceitos de segurança explorados naquele trabalho o seu sentido esteja claramente vinculado ao de certeza. Deveras, quando se afirma que segurança jurídica implica a previsibilidade das decisões judiciais o que se quer afirmar é a necessidade de certeza quanto ao conteúdo do direito judicial. Daí decorre que esses conceitos devem ser sempre correlacionados e que há situações em que um implica o outro.²⁸⁹

²⁸⁶ Idem, p. 59.

²⁸⁷ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*, p. 20.

²⁸⁸ Idem, p.21

²⁸⁹ A mesma associação entre segurança jurídica e certeza do Direito é encontrada no pensamento de João Baptista Machado: “como conhecimento prévio daquilo com que cada um pode contar para, com base em expectativas firmes, governar a sua

MOTA DE SOUZA busca em KANT distinções sobre certeza separando-a em empírica e racional, a primeira originária, decorrente da própria experiência histórica; a segunda, apodítica representada pela consciência de conhecer algo, para depois concluir que segurança não é um mero “*factum* imanente a este ou àquele sistema de Direito, mas é um valor do Direito.”²⁹⁰

Sem embargo do auxílio que a obra empresta para que se possa alcançar o conceito de segurança jurídica e a abrangência que pode alcançar, cremos que a mais recente doutrina do Direito francês, mais especificamente o antes citado trabalho de ANNE-LAURE VALEMBOIS, quanto ao ponto, presta inestimável auxílio a esta pesquisa, com a qual tem vários e interessantes pontos de contato²⁹¹, o principal dos quais é pertinente ao fato de que, logo na introdução de seu trabalho, está identificada, com rica indicação bibliográfica a unidade de noções existente entre segurança jurídica e Direito²⁹², por isso que, se se admite que é a noção de fim que dá a chave da formação do direito, então a segurança é a chave da formação do direito e, logo, o Direito se reduz à segurança jurídica.

Advirta-se, entretanto, que isso — contrariamente ao que é aqui defendido — poderia implicar uma espécie de reducionismo a respeito dos fins do Direito, desconsiderando, dessa forma, a justiça e o bem comum (=progresso social) que ostentam a mesma qualidade de fins do Direito. PAUL ROUBIER,

própria vida e orientar a conduta a segurança jurídica aparecem sob a forma de certeza jurídica.” Obra citada, pp. 56/57.

²⁹⁰ Idem, p. 32.

²⁹¹ Trata-se de tese de doutorado publicada em Paris em 2005, que guarda com este diversas semelhanças de abordagem, na parte pertinente ao conceito de segurança jurídica.

²⁹² La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, p.5. Quanto à indicação bibliográfica ver, especialmente, nota 19.

por exemplo, mesmo admitindo que a segurança jurídica constitui a base fundamental sobre a qual se construiu o edifício do Direito, não olvida de mencionar, no mesmo passo, como integrantes do mesmo edifício, a justiça e o progresso social, introduzidos visando, respectivamente, ao aperfeiçoamento das relações humanas e ao desenvolvimento das sociedades.

Parece certo afirmar que segurança jurídica e justiça se imbricam e se condicionam reciprocamente, dado que não é imaginável uma situação em que o valor segurança jurídica haja desaparecido e, mesmo assim, se possa falar em realizar justiça; de outra banda, a só redução do Direito à segurança jurídica sem consideração do valor justiça transformaria o direito num simples instrumento de legitimação do poder qualquer que fosse sua qualidade.

Outro tanto pode ser dito em relação ao progresso social, ou bem comum. Essa expressão de contornos imprecisos que tem sido utilizada à esquerda e à direita como tentativa de discurso legitimador, é reconhecida como um dos fundamentos do Direito. Se isoladamente considerada, entretanto, seria capaz de justificar qualquer espécie de arbítrio.

Quadra apontar que a noção de segurança jurídica tanto se torna mais importante quanto se percebe as dificuldades do direito de realizar os fins a que se destina, independentemente de quais sejam as causas dessas dificuldades.

É certo, por outro lado, que o conceito segurança jurídica não é unívoco, primeiro porque se insere em diferentes acepções de direito; depois, porque os espaços que preenche são diversos, conforme o enfoque doutrinário que se lhe empreste.

Exatamente por isso, convém marcar que, para os fins desta investigação, não se pretende associar o conceito de segurança jurídica exclusivamente ao

conceito de direito formal. Deveras, é até usual em doutrina o realizar essa associação, sendo seu campo mais próprio de incidência o das teorias formalistas do Direito. Não se exclui esse enfoque, mas a segurança não se reduz nem se limita a essa perspectiva até porque, se assim ocorresse, não haveria como forrar-se à crítica certa de que isso transformaria o Direito numa forma de placitar tanto o poder ilegítimo quanto a violência. Por isso, e sem que isso represente qualquer espécie de acomodação acadêmica, para os fins deste trabalho deve ser dissociado o conceito de segurança jurídica do de Direito estatal, ou de qualquer vertente das chamadas escolas formalistas do Direito.

THEOPHILO CAVALCANTI FILHO, escudado em RADBRUCH, ao associá-la ao conceito de justiça, concebe a segurança jurídica de três distintas maneiras: (i) segurança através do Direito que pressupõe que o direito seja certo; (ii) segurança se confunde com certeza do direito; e (iii) segurança contra alterações do próprio direito positivo.

Cabe, aqui, um esclarecimento: quando se confunde certeza com direito, se está diante do exame da primeira das duas vertentes propostas por VALEMBOIS, a estática, que implica o conhecimento do Direito e a previsibilidade das consequências jurídicas de seus atos pelos sujeitos de direito.

Quando se fala em segurança contra as alterações do próprio direito positivo, é possível associá-la à segunda vertente proposta por VALEMBOIS, a dinâmica, que implica a estabilidade e a previsibilidade do próprio Direito, aqui incluído o princípio da proteção da confiança legítima e seu símile, a teoria dos atos próprios, fundada no apotegma: *venire contra factum proprium non potest*.

Ao se afirmar que o direito deve ser certo, abre-se uma miríade de possibilidades para o exame da

matéria. Ser certo pode implicar: (1.i) leis claras; (1.ii) leis inteligíveis; (1.iii) leis estáveis; (1.iv) leis acessíveis; (2) respeito (2.i) ao direito adquirido; (2.ii) ao ato jurídico perfeito (2.iii) à coisa julgada²⁹³; (3) direito ao juiz.

Não se pretende fazer, aqui, por certo, o exame, uma a uma dessas características que possibilitam ao direito ser certo, ser igualado à certeza, ou ser conceituado como segurança contra alterações do próprio Direito. Valem, entretanto, algumas observações quanto à quantidade e à qualidade das leis.

Certamente, a superabundância de leis, decorrente do furor legislante do detentor do poder político, torna inviável o conhecimento do direito a ser seguido. JOSÉ LUIS PALMA FERNÁNDEZ, em trabalho monográfico sobre o tema, aponta a dimensão do problema (percebido na Espanha desde o séc. XVII, em obra de SANCHO DE MONCADA), e conclui que:

a ninguém se oculta que a transbordante pressão dos poderes normativos continuará na mesma linha de alta produção de normas sobre a qual já se falou. Sem embargo, não seria demais observar a conveniência de uma reflexão singular sobre o problema da certeza e da segurança jurídica como questões centrais da própria essência do direito, sem as quais este perde seu fundamento e se torna grave ameaça.²⁹⁴

²⁹³ No Relatório Público de 2006, do Conselho de Estado Francês, a investigação sobre Segurança Jurídica e Complexidade do Direito, assevera que o princípio da segurança jurídica comporta numerosas aplicações essenciais: “previsibilidade da lei, clareza e acessibilidade da norma e estabilidade das situações jurídicas.” Obra citada, p.229.

²⁹⁴ PALMA FERNÁNDEZ, José Luis, La seguridad jurídica ante la

Também no já citado relatório Conselho de Estado da França faz-se menção à desordenada proliferação dos textos a gerar uma sempre crescente complexidade (no caso europeu agravada pela multiplicação das fontes formais de produção legislativa) do Direito.

Retomando o fluxo do raciocínio:

Leis claras — Por leis claras entendem-se as leis que evitam normas confusas ou dotadas de obscuridade em decorrência da utilização de termos equívocos.

Leis inteligíveis — De seu turno, leis inteligíveis não de ser entendidas por oposição a leis cuja complexidade, sem embargo da precisão de seus termos, faz com que se tornem incompreensíveis aos seus destinatários. Em outras palavras, as leis inteligíveis, além da clareza antes indicada, necessitam de precisão quanto a seus termos e de compreensibilidade não exatamente pelo homem médio, como se possa supor, mas pelo destinatário da regra, pelo sujeito de direito que caiba no âmbito de vigência pessoal da norma.

Leis estáveis — São leis mais ou menos duráveis, que dão ao jurisdicionado a sensação de perenidade ou, ao menos, de continuidade. A admissão da necessidade de leis estáveis não quer e não pode implicar o engessamento do Direito. Quer expressar — isso sim — que a estabilidade das leis significa, como fator de segurança jurídica, a necessidade de maturação das leis que integram o ordenamento jurídico e o repúdio às leis de oportunidade.

Leis acessíveis — Têm-se como tais aquelas postas à disposição do conhecimento do jurisdicionado. O velho brocardo *ignorantia legis neminem excusat* necessita de um mínimo de realidade na ficção que

abundancia de normas, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 95, tradução livre.

representa. O conhecimento do Direito é condição essencial para que o sujeito possa conduzir-se na forma exigida. É necessário, pois, para que seja atendido o requisito da acessibilidade que a publicidade da lei seja satisfeita permitindo, assim, o conhecimento material e intelectual (inteligibilidade) das normas jurídicas reitoras da conduta.

Respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada — Escapa à perspectiva desta investigação o exame pontual de cada um desses conceitos, como manifestações do princípio da segurança jurídica. Seu exame se justifica no Direito Francês que, por não possuir em sua tradição constitucional preceitos dessa ordem, teve a necessidade de realizar largos desenvolvimentos teóricos e jurisprudenciais de sorte a criar barreiras seguras à retroatividade das leis.

Na doutrina nacional, justamente em face de nossa tradição constitucional, o tema tem sido tratado em apartado, sendo de efetuar apenas alguns registros. O primeiro no sentido de que esses três institutos estão intrinsecamente vinculados àquele outro da estabilidade do direito, antes mencionado. O segundo relativo ao fato de que, a existência de dois desses conceitos, o do direito adquirido e o do ato jurídico perfeito a rigor resolve-se num só deles. Vale, entretanto, a ressalva de CLÓVIS BEVILACQUA: “Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como no ato jurídico e na coisa julgada, apresentam-se momentos distintos, aspectos particulares dos direitos adquiridos, foi de vantagem...que se destacassem esses casos particulares e deles se desse a justa noção.”²⁹⁵

Talvez por isso, advertisse DANIEL COELHO DE

²⁹⁵ BEVILACQUA, Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil, 2ª edição, revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira.

SOUZA²⁹⁶ que a teoria do direito adquirido padece de base doutrinária “porque, a rigor, a expressão ‘direito adquirido’ é ilógica. Ou o indivíduo adquiriu o direito e o tem, ou não o adquiriu e não o tem”.

Reafirma-se, o que importa reter é o fato de que os dois ou três institutos antes mencionados visam à preservação da segurança jurídica do jurisdicionado em face de eventual alteração da regra de direito regente de certa matéria.

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

Os paradoxos da segurança jurídica

Em tese, a concorrência dos elementos antes citados — (1.i) leis claras; (1.ii) leis inteligíveis; (1.iii) leis estáveis; (1.iv) leis acessíveis; (2) respeito (2.i) ao direito adquirido; (2.ii) ao ato jurídico perfeito (2.iii) à coisa julgada²⁹⁷; (3) direito ao juiz. — deveria ser suficiente para garantir a segurança jurídica dentro de um dado ordenamento. Assim, entretanto, necessariamente não ocorre. Deveras, um raciocínio que

²⁹⁶ SOUZA, Daniel Coelho de. *Introdução à Ciência do Direito*, 3^a edição, forense, 1980, p. 413.

²⁹⁷ No Relatório Público de 2006, do Conselho de Estado Francês, a investigação sobre Segurança Jurídica e Complexidade do Direito, assevera que o princípio da segurança jurídica comporta numerosas aplicações essenciais: “previsibilidade da lei, clareza e acessibilidade da norma e estabilidade das situações jurídicas.” Obra citada, p.229.

parece comum a todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, é suscitado por VALEMBOIS, que aponta os dois paradoxos da segurança jurídica como fundamento do Direito, que buscam demonstrar que a segurança jurídica contém, em si, o gérmen de sua própria destruição.

O primeiro paradoxo consiste em que o Direito é vítima de seu próprio sucesso. Justamente porque concebido como a sede própria da segurança, o Direito é instado a regrar sempre mais e em maior dimensão as condutas e os relacionamentos humanos; é colocado ao serviço das reivindicações individuais e coletivas e essa subjetivação é fonte de insegurança porque os interesses particulares são contraditórios²⁹⁸ o que implica a necessidade de multiplicar a edição das regras de direito, que vão perdendo seu caráter de generalidade, tornando-se cada vez mais específicas e, com, isso, aumentando os riscos de colisão.

Vê-se, hoje, o direito regendo novos campos, relacionados, por exemplo, ao aspecto concorrencial, a moedas e bancos, à proteção do meio ambiente, à biotecnologia, à comunicação, especialmente à comunicação por meios eletrônicos e a todas as novas relações jurídicas que daí defluem. Disso decorre não só a existência de regramentos com âmbitos de vigência material e pessoal cada vez mais estritos como também uma cada vez mais crescente complexificação das normas jurídicas.

O segundo paradoxo consiste em que, para lutar contra a insegurança causada por essa expansão e especialização do direito, invocam-se instrumentos de natureza jurídica cuja edição pode realimentar as fontes de insegurança indicadas no primeiro paradoxo: inflação

²⁹⁸ A autora assinala que interesses particulares são necessariamente contraditórios. É possível, entretanto, imaginá-los só potencialmente contraditórios.

de leis, má-elaboração legislativa, multiplicação das chamadas guinadas jurisprudenciais, etc.

Esses paradoxos é que provocam a hesitação da doutrina: se tudo o que se encontra fixado nos ordenamentos jurídicos permanecer constante, ainda é possível falar em segurança jurídica?

Se não possível, de que medidas a sociedade pode (deve) lançar mão com vistas a reencontrar no Direito o seu fundamento, o seu princípio?

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Assim como o sucesso das vertentes filosóficas do Direito Natural implicou (i) a positivação das regras consideradas abrangidas num universo de valores; e (ii) a sua própria substituição pelo paradigma da filosofia do Direito, a partir do sec. XIX; fenômeno semelhante ocorre com o princípio da segurança jurídica.

Deveras, os estudos sobre Teoria Geral do Direito, que vinculados na dogmática jurídica (em que a análise do estudioso está jungida à inegabilidade dos pontos de partida colocados pelo Direito Positivo²⁹⁹), ultrapassam-na, de alguma maneira acabam por encontrar na segurança jurídica o fundamento último do Direito, a sua razão de ser. Seja admitindo-a diretamente como tal; seja inserindo-a no conceito de paz, seja no conceito de ordem, seja associando-a ao de certeza jurídica, o fato é que a doutrina, *neminem discrepante*, reserva para a segurança jurídica o caráter de elemento fundante do Direito.

²⁹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação — 4ª. Edição — São Paulo: Atlas, 20203, p.48; LAFER, Celso. A reconstrução dos direito humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, Companhia das Letras, 1988, p. 45.

Daí para a positivação, com estatura constitucional, basta apenas um passo. Como se o Direito Positivo — ressabiado com as disputas acadêmicas relativas ao Direito Natural — tivesse necessidade de que nenhum princípio, nenhum valor estivesse fora de sua órbita, de sorte a poder indicar-se como fonte única do Direito. Não é por outro motivo que a doutrina francesa vem se batendo pela constitucionalização do princípio³⁰⁰.

A título de exemplo dessa tendência, a Constituição Espanhola de 1978³⁰¹, já no Título Preliminar, art. 9º, terceiro apartado, dispõe que a Constituição garante o princípio da legalidade, a hierarquia normativa, a irretroatividade das disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

Também a Constituição de Portugal³⁰², ao tratar dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, dispôs em seu artigo 282.4 que, “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2.”³⁰³

³⁰⁰ VALEMBOIS, Anne-Laure, obra citada. Título II.

³⁰¹ Leis Políticas del Estado, 13ª. Edición, — Madrid: Editorial Civitas S.A., p.10.

³⁰² Constituição da República Portuguesa e Lei do Tribunal Constitucional. Edição organizada por J.J. Canotilho e Vital Moreira, 3ª. Edição, revista, 1993. Coimbra: Coimbra Editora, p. 150.

³⁰³ Essa regra foi parcialmente copiada pelo legislador brasileiro, como se pode perceber da leitura do art. 27 da Lei nº 9.868, de 1999, que dispõe: “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros,

Na doutrina do Direito Constitucional português o tema encontra ampla investigação, sobretudo nos trabalhos de CANOTILHO. Esse constitucionalista, ao estudar o Princípio do Estado de Direito³⁰⁴, em que se conjugam elementos formais e materiais³⁰⁵, menciona como seus subprincípios concretizadores: (i) o princípio da legalidade; (ii) os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos; (iii) o princípio da proibição do excesso; e (iv) o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.

CANOTILHO, embora associe o princípio da proteção da confiança ao da segurança jurídica a ponto de conceituá-los de uma só vez³⁰⁶, tenta realizar *discrímen* entendendo que o princípio da proteção da confiança está ancorado na (i) proibição de pré-efeitos das leis; (ii) na proibição de leis retroativas; e (iii) na estipulação de instrumentos de direito transitório, enquanto que a segurança jurídica, para além de suas

restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

³⁰⁴ A expressão Estado de Direito é de origem alemã (*Rechtsstaat*), como lembram Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. 1, p. 82, e Anne-laure Valembois, obra citada, p. 27.

³⁰⁵ Para Valembois, a noção de confiança legítima participa da própria concepção material de Estado de Direito, o que tende a provar que a segurança jurídica não é estranha ao Estado de Direito material. Obra citada, *passim*.

³⁰⁶ “Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.”, p. 373.

imbricações com o princípio da proteção da confiança, possui como idéias nucleares dois conceitos: (i) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica; (ii) previsibilidade ou *eficácia ex ante*, do princípio da segurança jurídica. O primeiro, asseverando que as decisões estatais, uma vez adotadas segundo os procedimentos adequados, não podem ser arbitrariamente modificadas, salvo se ocorrerem situações particularmente relevantes; o segundo que se remete à exigência de “certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.”³⁰⁷

Na doutrina recente do Direito Brasileiro também já se vêem afirmações sobre a natureza constitucional do princípio. INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO³⁰⁸, em trabalho acadêmico sobre a constitucionalidade da lei de arbitragem ao iniciar a verificação de compatibilidade vertical da Lei nº 9.307 com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, deixou marcado que não examinaria a matéria sob o enfoque dos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica. Não afirmou tratar-se de princípio constitucional, mas é sintomática sua colocação ao lado do princípio da pessoa humana. E, mais adiante assevera: “... juristas de vanguarda desde cedo se insurgiram contra essa miopia jurisdicional, no particular aspecto do respeito ao valor da *segurança jurídica*, reputado tão importante para a vida do direito quanto o são os princípios da *constitucionalidade* e da *legalidade*”.

Vale o registro de que, ainda antes do advento da Constituição de 1988, veio a lume trabalho de ALMIRO

³⁰⁷ Obra citada, p. 380.

³⁰⁸ COELHO, Inocência Mártires. Arbitragem, mediação e negociação, *in* Estudos em arbitragem, mediação e negociação. André Gomma de Azevedo (org.). — Brasília: Brasília Jurídica, 2002. pp.212/41.

DO COUTO E SILVA, intitulado *Princípios da legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no Estado de direito Contemporâneo*³⁰⁹, em que o tema é tratado agudamente, se bem que com o viés nitidamente limitador do princípio da legalidade do agir da administração pública que é apenas uma das facetas possíveis da aplicação do princípio da segurança jurídica. Não obstante isso, o autor ressalta as duas dimensões do Estado de Direito. A formal, que envolve: (a) sistema de direitos e garantias fundamentais; (b) divisão de funções do Estado; (c) legalidade da administração pública; e (d) proteção da boa-fé ou da confiança; e a material cujos elementos estruturantes são as noções de justiça e de segurança jurídica, que normalmente se completam³¹⁰.

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, havia algumas manifestações sobre o princípio da segurança jurídica, mas, em regra, vinculando-o mais ao aspecto da estabilidade do direito, à sua feição estática. Mais recentemente, em decisão proferida em processo cautelar³¹¹ (Relator o Ministro GILMAR MENDES), relativo à atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário em que se discutia o direito a transferência para universidade pública (Universidade Federal do Rio Grande do Sul) de pessoa que fora nomeada (não transferida) para trabalhar em Porto Alegre, a mais alta corte de Justiça do País abordou o tema ao abrigo do princípio da segurança jurídica para o

³⁰⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração e da Segurança Jurídica no Estado de direito Contemporâneo In, Revista de Direito Público, v. 20, nº 84, p. 46-63, out./dez.. 1987. São Paulo: RT.

³¹⁰ Embora, às vezes se choquem, como, v.g. quando se aplicam as regras relativas à prescrição. O exemplo é do autor citado.

³¹¹ STF, 2ª. Turma, QO Pet (MC) nº 2.900/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgada em 27/05/2003, DJ de 01/08/2003, p. 142.

fim de conceder efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto autorizando que a recorrente continuasse o curso, tal como lhe fora deferido na sentença de primeiro grau que fora reformada pelo acórdão recorrido, do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região.

Na decisão em tela, e independentemente da aplicabilidade ou não ao caso concreto, do voto do relator extrai-se o entendimento de que o princípio da segurança jurídica tem assento constitucional como subprincípio do Estado de Direito, assumindo “um valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.”³¹²

Mais recentemente o tema voltou à ordem do dia no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de forma mais enfática. Deveras, por ocasião da discussão sobre se a chamada Emenda da Verticalização³¹³ poderia ser aplicada às eleições de 2006, vários Ministros arrimaram seus votos no princípio da segurança jurídica, cabendo colher alguns excertos: Do Ministro LEWANDOWSKI: “Como se sabe, pelo menos desde meados do sec. XVII, com o famoso *Leviatã* de THOMAS HOBBS, incorporou-se à teoria política a convicção de

³¹² A respeito desse julgamento, Judith Martins-Costa elaborou interessante comentário do qual se extrai a nova significação do conceito de segurança jurídica, agora não mais implicando simples idéia de estabilidade ou permanência, numa posição meramente passiva do Estado que obedece ao princípio da legalidade estrita; mas, sim, re-significa o princípio para o novo viés da confiança [legítima] com um viés de dinamismo, de abandono daquela posição passiva de quase **dever de abstenção**. *In*, Judith Martins-Costa: A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança, R. CEJ, n° 27, pp/110/120, out/dez.2004.

³¹³ Adi 3685, DJ de 10.08.2006, acesso em www.stf.gov.br, em 18.12.2006.

que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, razão pela qual se passou a entender que a segurança constitui um dos valores em que se assenta o pacto fundante da sociedade estatal.”

O Ministro EROS GRAU indaga: “Onde, quando nasce e para que serve a segurança jurídica? E responde, com amparo em Max WEBER: as exigências de calculabilidade e confiança no funcionamento da ordem jurídica e na administração constituem uma exigência vital do capitalismo racional; o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras — deve poder contar com a estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e em princípio previsível das leis da administração.”

O Ministro GILMAR MENDES é enfático quanto a um dos pontos marcantes da segurança jurídica, já apontado por CANOTILHO e o faz nestes termos: “... o princípio da segurança jurídica traduz a proteção da confiança que se deposita na subsistência de um dado modelo legal (*Schutz des vertrauens*). A idéia de segurança jurídica tornaria imperativa a adoção de cláusulas de transição nos casos de mudança radical de um dado instituto jurídico. Daí por que se considera, em muitos sistemas jurídicos, que, em caso de mudança de regime jurídico, a ausência de cláusulas de transição configura uma omissão inconstitucional.”

Assim, a tendência é admitir a estatura constitucional do princípio da segurança jurídica como *sedes materiae* o princípio do Estado Direito ou, noutra vertente, uma posição autônoma, apartada. De qualquer sorte, albergado ou não num texto constitucional, positivo, o princípio da segurança jurídica continuará ostentando a condição de fundamento, de pedra basilar, do Direito. Não será a inserção constitucional — muito ao revés — que lhe irá alterar a natureza.

SEGURANÇA JURÍDICA E PREVISIBILIDADE: O PENSAMENTO DE MONTESQUIEU

Um dos aspectos mais marcantes da segurança jurídica é a asseguaração do acesso do cidadão a um juiz imparcial capaz de dar justa aplicação da norma jurídica que deve incidir sobre o caso posto ao exame do Estado. Deveras, o direito ao juiz é uma inerência do direito à defesa dos direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. O direito ao exercício à jurisdição é a resposta de que necessita o cidadão para assegurar que o comportamento que adotou era o adequado para certa circunstância.

O modelo de certeza que o juiz empresta ao direito é um modelo de certeza relativa, diverso, por exemplo, da certeza matemática, mas isso não obsta a busca de certos *standards* de comportamento dos órgãos do judiciário que permitam ao cidadão prever com certo grau de probabilidade, o resultado de uma demanda posta em juízo. É clássica, nesse sentido, a passagem da obra de MONTESQUIEU³¹⁴ a respeito de como devem ser os julgamentos: “mas se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos.”

Soa evidente, nesse sentido, a preocupação, que se pode vincular a um modelo liberal, com o controle da natureza das decisões judiciais de sorte a garantir a segurança jurídica. Não pode o cidadão ficar à mercê do justo pessoal do magistrado. Seu direito é o de que o

³¹⁴ MONTESQUIEU. O espírito das Leis, trad. Cristina Murachco, — São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 174.

magistrado revele a decisão que ele supõe já estar contida na norma jurídica. Não há negar, entretanto, que, em última análise, o magistrado prolator da decisão final é o árbitro da certeza do direito, razão mais do que suficiente para que a doutrina coloque em dúvida a higidez de seu proceder. Deveras, o poder do juiz de criar e dizer o direito para o caso concreto, em última instância, é potencialmente perigoso e desde há muito vem sendo questionado em sede de doutrina, mercê de todos os aspectos em certo sentido incontroláveis que concorrem para a formação da decisão judicial, como já foi visto no capítulo pertinente.

VALEMBOIS³¹⁵ remarca que “a periculosidade do poder dos juízes, em termos de segurança jurídica, resulta de sua qualidade de autoridade de intérprete do direito e, portanto, de sua função potencialmente arbitrária que torna as normas jurisprudenciais imprevisíveis.” Não por outro motivo, e reagindo a essa imprevisibilidade, o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que no princípio da segurança jurídica “*está ínsita la confianza del ciudadano en que su caso o su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dio en casos anteriores o iguales..* (STC 120/1987, FJ 2º)”³¹⁶.

Por certo que, como afirma FRANÇOIS RIGAUX³¹⁷, a idade do ouro da certeza do Direito, feita de lógica, de uma lógica binária, dominada pelo princípio da não-contradição e do terceiro excluído, coincide com o

³¹⁵ Obra citada, p. 76, nossa tradução.

³¹⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco, et. al. *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)* — Barcelona: Editora Ariel S. A. 1995, p. 68.

³¹⁷ RIGAUX, François. *Le juge, arbitre de la certitude du droit*, pp.17/56, in *Les certitudes du droit (=Certainty and the law)*, à cura de Ejan Mackaay, Les Éditions Thémis, Université de Montreal, Faculté de Droit, Centre de Recherche em Droit Public, 1999.

predomínio da jurisprudência dos conceitos, na suposição de que qualquer situação poderia ser subsumida nas regras de direito existentes³¹⁸; daí que toda incerteza seria afastada. Na idade do ferro da certeza do Direito, em que hoje a sociedade se encontra, a certeza foi substituída pela incerteza, pela dúvida, atingida pela era “pós-moderna que designa, precisamente, o fim das ilusões.”³¹⁹

É bem verdade que a era das codificações representou, ao tempo em que reduzia o Direito a escrito, em termos de segurança jurídica, o “certificar de posições jurídicas face à arbitrariedade do Estado e à inovação jurisprudencial uma condição essencial da justiça no Estado de Direito.”³²⁰

Para HASSEMER, em decorrência das codificações, a segurança jurídica passou a significar, a um só tempo que: (i) o comportamento dos tribunais passou a ser mais previsível, daí decorrendo que o cidadão podia estar mais bem preparado para a jurisprudência futura, podendo ler em livro quais os direitos com os quais podia contar; (ii) a correção das ações dos tribunais passou a poder ser controlada de forma mais exata, supondo que essa correção estivesse na conformidade da lei.³²¹

Hoje, entretanto, tanto faz que se trate de ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica (de direito codificado) ou do sistema de *common law*, o entendimento é o mesmo. A previsibilidade da decisão judicial passa por momentos de angústia e de incerteza.

³¹⁸ O problema das lacunas do Direito seria um falso problema até porque, no mais das vezes, a lacuna é apenas aparente.

³¹⁹ *Idem*, p. 22,

³²⁰ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do Juiz à lei, *in* Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 286.

³²¹ *idem, ibidem*.

O entendimento de que o juiz deveria ser apenas a boca que pronuncia as palavras da lei foi substituído por outros em que a liberdade da aplicação da lei pelo magistrado é ampla, seja em obediência à hermenêutica clássica, seja em atenção à teoria da argumentação, seja em atenção à escola do Direito Livre, seja em acatamento à escola do Direito alternativo.

Na seara da *common law*, em que floresce com vigor o realismo jurídico (ou, os realismos jurídicos) a teoria do precedente obrigatório como *standard* a ser seguido vê-se cada vez mais comprometida sobretudo a partir da década de 90 do século passado. De fato, no julgamento *State Oil co v. Khan*, 118 S Ct 275 (1997), ficou assentado que *stare decisis is not an inexorable command*.

JEROME FRANK, representante de uma das vertentes do realismo norte-americano, em sentido diverso do que pregava HOLMES — que dizia que o direito era a previsão da conduta judicial —, admitia essa previsibilidade, mas colocando a tônica nos fatos, ou seja, na moralização do processo que conduz à determinação dos fatos perante os tribunais de primeira instância. Em outras palavras, não é importante saber que precedente pode incidir, mas sim que fatos vão ser admitidos no juízo de primeiro grau como os que ornam efetivamente a lide³²², o que torna a previsibilidade da decisão algo irrealizável.

CARÁTER OBJETIVO OU SUBJETIVO DA SEGURANÇA JURÍDICA

³²² FRANK, Jerome. *Derecho e Incertidumbre*, trad. Carlos M. Bidegain, Mexico: Distribuciones Fontamara S.A., 1991, p. 137 *et passim*.

Não é pacífico se a segurança Jurídica deve ser considerada segundo um critério subjetivo ou segundo um critério objetivo. MIGUEL REALE³²³, ao prefaciando o antes citado livro de THEOPHILO CAVALCANTI FILHO deixa evidente o *discrímen* entre segurança e certeza acentuando o caráter subjetivo da primeira em oposição ao caráter objetivo da segunda.

No mesmo sentido parece ser o entendimento de JAIME GUASP. Realmente, após asseverar que a paz e a justiça são os únicos fundamentos do Direito³²⁴, coloca a segurança jurídica como a face subjetiva da paz ao mesmo tempo em que coloca a certeza como a expressão objetiva da paz jurídica. E arremata: “porque todos e cada um dos institutos jurídicos, em algum grau, ainda que mínimo, respondem à idéia de paz, admitem que essa paz seja medida em unidades objetivas de certeza ou em unidades subjetivas de segurança.”³²⁵

CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA³²⁶, realizando a mesma distinção, assevera, em sentido contrário, que “*segurança é algo objetivo*”, que se traduz objetivamente através das normas e instituições do sistema jurídico, enquanto a certeza do direito se forma intelectivamente nos destinatários destas normas e instituições. Segurança é fato; “é o direito como *factum* visível, concreto, que se vê.” Certeza é valor, o que vale no Direito, aquilo em que se pode confiar porque tem validade. A certeza é a “confiança do cidadão nas leis, que lhe permite agir eticamente adotando condutas razoáveis e previsíveis.”³²⁷ Separa, ainda, a certeza em objetiva (face estável da verdade) e subjetiva (convicção

³²³ Prefácio, IV.

³²⁴ GUASP, Jaime. Derecho, cit. p. 294.

³²⁵ Idem, p. 319, nossa tradução.

³²⁶ SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico, pp.26/27

³²⁷ Obra citada, p.26.

íntima do cidadão).

Já ANNE-LAURE VALEMBOIS³²⁸, ao distinguir o princípio da segurança jurídica do princípio da proteção da confiança legítima, lança como elemento fundamental da distinção justamente o caráter objetivo do primeiro e subjetivo do segundo, estando bastante próxima do pensamento de MOTA DE SOUZA.

CELSO LAFER enfoca a matéria de um diferente ponto de vista. Deveras, ao discorrer sobre “A Importância de Hobbes e Leibniz na História do Pensamento Jurídico Segundo TULLIO ASCARELLI” demonstra que HOBBS e LEIBNIZ preocuparam-se com diferentes tipos de certeza. “HOBBS parte da necessidade de uma certeza que encontre um caminho para instaurar a segurança da vida social... o seu momento de certeza é o do ordenamento que é posto...” LEIBNIZ só vê certeza na argumentação ou na demonstração, com o que “o seu momento de certeza ... é o do Direito que se aplica.”³²⁹

Para os fins desta investigação é conveniente ter presente esse duplo aspecto, mas, com certeza, o acento tônico da segurança que se busca identificar, ou o momento de certeza que se quer investigar é o da aplicação do Direito pelos Tribunais. É a convicção que o cidadão pode ter de que as pautas legais conhecidas encontrarão aplicação adequada e uniforme pelo Judiciário.

Em outras palavras, a distinção que se faz tem como escopo único pontuar que a preocupação que ora se enfrenta é com a segurança jurídica do cidadão (certeza subjetiva) que decorre da aplicação do Direito

³²⁸ Obra citada, p.18.

³²⁹ A Importância de Hobbes e Leibniz na história do pensamento jurídico segundo Túlio Ascarelli, *in*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XIX (nova série) nº 38, abril/junho 1980, p. 92.

pelos órgãos encarregados da construção da norma jurídica individual, de sorte que seja respeitado um princípio de não-surpresa, numa espécie de aplicação do princípio do *non venire contra factum proprium* no âmbito do Poder Judiciário.

É certo, não se desconhece que o princípio em tela, uma derivação do princípio da boa-fé, finca suas raízes no Direito civil³³⁰, com expressiva aplicação na seara do Direito administrativo³³¹. Isso não elimina a possibilidade, ainda que mitigada, como será visto adiante, da aplicação desse princípio na esfera do Poder Judiciário, com as adaptações que por certo se fazem necessárias.

SEGURANÇA JURÍDICA E QUALIDADE DA DECISÃO PREVISÍVEL

É certo que, dentro dos parâmetros até então expostos, a segurança jurídica funciona como uma espécie de controle das expectativas dos atos da administração estatal, no mais amplo sentido da palavra, justamente porque o Estado de Direito, no sentido até aqui exposto, tende a assegurar um máximo de previsibilidade.

No que interessa ao programa desta investigação, cumpre examinar a qualidade da decisão previsível considerada apenas a decisão construída no seio do Poder Judiciário. A esse respeito, um duplo aspecto há de ser considerado: a uniformidade na produção das normas jurídicas individuais e a percepção de que essas

³³⁰ BORDA, Alejandro. La teoría de los actos propios, 3ª. Ed. Buenos Aires, 2000.

³³¹ BERRO, Federico. La relevância jurídica de la conducta anterior: teoría de los actosd propios. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fenandes, 1989; MAIRAL, Héctor A. La doctrina de los propios actos y la admonistración pública. Buenos Aires: DEpalma, 1988.

normas jurídicas individuais detêm força legítima para convencer seus destinatários.

Quanto ao primeiro aspecto a sua percepção não necessita de qualquer investigação empírica. A pluralidade de órgãos da jurisdição dotados da mesma competência em qualquer ordenamento jurídico é uma realidade incontestável. Qualquer desses órgãos tem aptidão para produzir uma norma jurídica individual, regular um dado caso concreto, sem preocupar-se com eventual norma de mesma natureza que tenha sido produzida por qualquer outro agente do Estado de mesma categoria.

Diz-se, desde tempos imemoriais, que o magistrado está subordinado apenas à lei (e lei é aquilo que o juiz disser que é, segundo difundido pensamento atribuído a CHARLES HUGES) e à sua consciência. Já em HOBBS, percebe-se o entendimento de que o Juiz, falível na sua condição humana, não se vincula, em processo futuro, de idêntica natureza ao caso que decidiu, à sentença que haja proferido, justamente em decorrência do fato de que pode ter-se equivocado no juízo de equidade que exerceu: "Jamais o erro de um homem se torna sua própria lei³³², nem o obriga a nele persistir. Tampouco, pela mesma razão, se torna lei para outros juizes, mesmo que tenham jurado segui-lo."

Daí se origina a crença numa total independência do magistrado em relação ao que decidiu ou em relação ao que decidido por outros magistrados.

Ora, mantido esse estado de coisas, tal como preconizado por HOBBS, não há cogitar da possibilidade de segurança jurídica. Jamais o jurisdicionado poderá aquilatar a justeza de seu próprio comportamento e jamais saberá o que esperar do Estado. Não saberá quais os limites de resposta que poderá esperar de qualquer interlocutor, nem nas suas relações

³³² HOBBS, Thomas. *Leviatã*, cit. p. 205.

privadas, nem nas suas relações com o Estado, o que sugere adoção de critérios corretivos à ampla liberdade preconizada por HOBBS.

Quanto ao segundo aspecto, de evidentes imbricações com o primeiro, sua vinculação está relacionada com a motivação da decisão judicial e sua maior ou menor proximidade com o que é aceito pela comunidade jurídica como sendo um processo racional de construção da norma jurídica para aquele específico caso concreto. Ou seja, há de ser percebido — e aceito — qual o caminho que o criador da norma jurídica individual percorreu para chegar à conclusão a que chegou.

Deveras, mesmo para os espíritos mais exacerbados que pregavam, com sucesso, o fim da Escola da Exegese, a liberdade para a criação da norma jurídica individual deveria encontrar alguma espécie de limite no próprio ordenamento. PERELMAN lembra a conhecida reação de FRANÇOIS GÉNY ao juiz MAGNAUD, que, ao fundamentar suas decisões, não se preocupava nem com a lei, nem com a doutrina, nem, muito menos, com a jurisprudência:

É a apreciação subjetiva que domina e anima, ao mesmo tempo, todo o processo de julgamento do presidente Magnaud. Ele pretende ver, por si mesmo, e à primeira vista, o motivo da decisão. E, se recorre à lei, é para apreciar-lhe o valor segundo o seu juízo pessoal. Assim, crítica do alto e sem medir palavras, a jurisprudência estabelecida que não corresponderia (*sic*) a suas opiniões pessoais. Entretanto, mais grave ainda, essa apreciação subjetiva consiste apenas em considerações vagas,

mais aptas a tocar o sentimento do que a firmar a razão, e que é, de qualquer modo, impossível de condensar quer em princípios firmes, quer em meios práticos, constitutivos, em seu conjunto, de um sistema bem articulado.³³³

Ora, a segurança jurídica tanto tem pertinência com a qualidade da coisa julgada que deu ou deixou de dar ao jurisdicionado certo bem da vida como com o fato de que os fundamentos legais dessa solução devem ser os mesmos aplicáveis a outra solução, desde que se trate de *factum simile*.

Parece que a doutrina está assentada em que, quanto ao primeiro aspecto, a perplexidade está em que a segurança jurídica vive no dilema entre a necessidade de previsão do resultado da decisão do tribunal e a impossibilidade de trancafiar a norma jurídica individual no reino do misoneísmo que pressuporia a imutabilidade do ordenamento jurídico.

O comentário de CANOTILHO torna evidente a diferença entre o falar em segurança jurídica diante do caso julgado (aspecto estático da segurança) e o falar em segurança do ponto de vista da uniformidade ou estabilidade da jurisprudência (aspecto dinâmico da segurança): “Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade na orientação dos tribunais.”³³⁴

Por certo que CANOTILHO, ao afirmar que não existe um direito o faz ao abrigo de um dado Direito

³³³ PERELMAN, Chaïm, *Lógica Jurídica: nova retórica*, trad. Vergínia K. Pupi. — São Paulo: Martins fontes, 1998, pp. 97/98.

³³⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 381.

positivo. Nada obsta que haja uma regra de direito que atribua ao jurisdicionado, num dado tempo histórico, a extensão do entendimento jurisprudencial, desde que seu caso possa caber na definição de *factum simile*.

Não obstante isso, é certo que os ordenamentos são refratários à estabilidade do Direito Judicial como garantia do jurisdicionado. BENJAMIN CARDOZO, invocando exemplo do Direito norte-americano, narra uma situação exemplar em que a existência do precedente vinculante, *stare decisis*, em nada aproveitou ao jurisdicionado: certo cidadão processou fabricante de automóvel visando a obter ressarcimento por danos que sofrera em decorrência de defeito de fabricação. Exitoso no primeiro grau de jurisdição, o autor teve o desprazer de ver a sentença reformada no segundo grau de jurisdição, que deu provimento ao recurso do réu, ao argumento de que o fabricante nada devia ao autor, que não era o comprador original do veículo (supostamente, a obrigação do fabricante não se estendia àquele que comprara o carro de outrem). Cassada a decisão, o juiz de primeira instância proferiu outra e, em obediência ao que decidido pelo tribunal, indeferiu o pedido. Novo recurso, agora pelo autor, e o caso foi levado ao mesmo tribunal. Nesse interregno, o Tribunal de Apelação de Nova Iorque decidira em outro caso, contra outro fabricante, que havia uma obrigação nessas circunstâncias. Pois bem, o tribunal acolheu a decisão, anulou sua decisão anterior e deu pela procedência do pedido.³³⁵

Lá, como cá, não há o direito do jurisdicionado à estabilidade do entendimento jurisprudencial; entretanto, no direito norte-americano, há mecanismos que protegem o cidadão contra as viradas bruscas da

³³⁵CARDOZO, Benjamin A natureza jurídica do processo judicial: palestras proferidas na universidade de Yale, trad. Silvana Vieira. — São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 117/118.

jurisprudência, como será visto de maneira mais detalhada no capítulo seguinte. Adianta-se a esse título, somente, que um magistrado no sistema de *common law* pode aplicar um precedente, *prospective overruling*, a um dado caso concreto, mas com a advertência no sentido de que em casos futuros a decisão deverá ser em outro sentido, de forma a prevenir e preparar a sociedade para os possíveis câmbios da jurisprudência.

MARCELO ALVES DIAS DE SOUZA, quanto ao tema, lembra a lição de FARNSWORTH tendo por ponto de vista o direito americano, que

“por vezes os Tribunais, a fim de não perturbarem as transações intervinientes, têm recusado reformar uma decisão anterior e estabelecer a invalidade da transação, mas não obstante têm expressado sua desaprovação ao precedente e proferido a advertência de que não será seguido no que se refere às transações feitas após a decisão.³³⁶

Nos sistemas de *civil law* o que mais se aproxima disso é a figura do *apelo ao legislador* (*Appellentscheidung*) em que a declaração da Corte de Constitucionalidade é no sentido de que a lei ainda é constitucional, mas que, em apreciação futura, a deliberação da Corte poderá ser em sentido diverso.³³⁷

Ora, do que foi exposto fica a convicção de que o que se espera do Direito é que a atividade de seus

³³⁶ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à sumula vinculante. — Curitiba: Juruá, 2006, p. 156.

³³⁷ Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. — São Paulo: Saraiva, 1996, p. 204.

aplicadores não possa implicar surpresa para os jurisdicionados, de sorte que estes possam fixar sua conduta de acordo com pautas que serão reconhecidas a tempo e modo pelo detentor do poder político em prestígio ao próprio desiderato do Direito.