

O MITO DA SEGURANÇA JURÍDICA, EFICÁCIA VINCULANTE E EFICÁCIA PERSUASIVA DAS SÚMULAS

Célio Horst Waldraff

“Do fundo mais íntimo de cada um de nós parte a convicção de que o Direito, por sua natureza mesma, é algo certo, inelutável, uniforme, previsível. Essa convicção, todavia, é a cada instante desmentida pelos fatos.

A medida que o homem avança em idade, acumula uma maior experiência de incertezas e imprevisibilidade quanto à jurisprudência. Agarrando-se com todo o vigor à sua própria convicção, o homem comum atribui todavia todos esses defeitos e inconvenientes ao advogado, ao jurista, para não diminuir em nada a santidade da justiça e do direito.

... Se os homens de lei não complicassem as coisas da justiça, o direito seria claro, preciso, certo. O comportamento das cortes poderia ser facilmente previsto. Na opinião

do homem comum, no mundo do Direito deveria reproduzir-se algo semelhante ao que ocorre no mundo das matemáticas. Deveria haver uma tábua de logaritmos, aplicada à jurisprudência, de modo que qualquer pessoa, através de uma ligeira consulta, pudesse saber qual o resultado de determinado conflito.”

Theóphilo Cavalcanti Filho, **O problema da segurança no direito**, p. 138.

1. O Mito Básico

Ao aportar em qualquer tema jurídico relevante é interessante examinar o temário antecedente, meta-jurídico, como diriam os positivistas de linha sociológica. Na questão da segurança jurídica não há dúvida que os aspectos da relação dos seres humanos tem extremo interesse. No caso, ao contrário do



.....
Célio Horst Waldraff

Mestre e Doutor em Direito pela UFPR e Mestre pela Universidad Internacional de Andalucía, Espanha. Professor de Processo do da UFPR. Desembargador no Tribunal do Trabalho do Paraná.

que usualmente ocorre no direito, antes do aspecto inter-relacional, dos seres humanos em relação no meio social, há, como antecedente o elemento interno, psicológico.

Claro, hoje em dia não há nada mais moderno — ou até pós-moderno, contemporâneo, vanguardista — do que a radicalização da interdisciplinariedade no Direito, já não apenas com a Sociologia, Política, Ética ou a Filosofia, mas com a Psicanálise.

É que no caso da segurança jurídica há um aspecto evidente no próprio enunciado das palavras. A segurança é o anseio básico de qualquer ser vivo. Algo ainda mais profundo, íntimo, instintivo, reptiliano, uma pulsão que antecede o próprio desejo — na construção freudiana. O filósofo existencialista Peter WUST dizia que *“no começo tudo era insegurança: tudo é insegurança, o homem quando nasce é inseguro, se deixar sozinho, morre. Psicologicamente o homem está sempre procurando a verdade, pois é próprio da natureza humana esta incerteza, a inquietude, como é próprio do humano o risco da ação”*¹

Esta característica é marcante no próprio desenvolvimento da sociabilidade. A teoria jurídica deve aos realistas americanos mais radicais o diagnóstico disto que acabará para ser um mito ou uma neurose para a racionalidade moderna. Adotamos a releitura do texto de Jerome FRANK, *Law and modern mind*, operada por Theóphilo. CAVALCANTI FILHO², que ressalta que FRANK, em

“sua obra fundamental, ..., tem a

finalidade essencial de destruir um mito —o mito da certeza das normas jurídicas. Mas para consegui-lo, serve-se ele de processos eminentemente psicológicos, embora entremeados também com ingredientes de ordem sociológica”

...

*O que, antes de mais nada chama sua atenção é a preocupação, que todos, indistintamente, alimentam, de uma ordem estável e certa. O homem comum, assim como o homem excepcional compartilham este desejo, que é uma verdadeira constante no espírito humano. Mais, porém, do que uma aspiração, tem-se a convicção de que, realmente, a ordem jurídica é uma ordem certa e capaz de propiciar a segurança de que todos necessitam. Essa convicção, todavia, não passa de uma ilusão, de um verdadeiro mito. E causa mesmo estranheza que os juristas, que mais do que quaisquer outros tem disso pleno conhecimento, não tenham o cuidado de esclarecer o público quanto ao engano em que incorrem. Ao contrário, eles próprios, e mesmo dentre eles espíritos mais eminentes, se deixam embalar pela mesma ilusão que o homem comum”*³.

A explicação apresentada por FRANK é na verdade simples e escorada em conceitos aceitos até onde se sabe com pacifismo na psicanálise. O grande trauma do parto e do nascimento decorre da passagem violenta pela criança de um ambiente de conforto, calor, aconchego e sem necessidades — ou seja, de absoluta convicção de segurança — para outro em que súbita e traumáticamente surgem toda

1 *Apud* SOUZA, p. 102.

2 O problema da segurança no direito, p. 135 e ss.

3 *Idem*, p. 135.

sorte de necessidades.

Este trauma é lentamente recalçado, quando a criança se dá conta que lhe provém alimento, calor, aconchego, cercando-a novamente de segurança. O processo de conscientização todavia esclarece à criança que esta segurança é decorrente de uma ordem, que é assegurada pelos pais. Primeiramente pela mãe, como grande supridora de alimento e de calor e, em seguida e principalmente pelo pai, como detentor de poder físico, em um processo forte de transferência, pelo qual as figuras paternas são as responsáveis tanto pelo suprimimento e repressão do complexo necessidade/desejo.

Também neste quadro a segurança absoluta é encarada como possível, até que, com o passar do tempo e o crescimento, o choque das experiências novas destoe este idílio. O processo de neurotização pela transferência em busca de segurança já se inculcou e é projetado em todos os símbolos de estabilidade e autoridade⁴.

Segundo este esquema é instintivo, natural e dado como certa a necessidade de segurança nas formas de jurisdição agregadas à sociabilidade. Forma-se uma espécie de par principiológico Segurança-Autoridade, como verso e reverso do mesmo objeto (reconhecido como um corpo, de alguma forma presente em alguma dimensão natural).

A interpretação dada por CAVALCANTI FILHO, após expor o pensamento de FRANK, é relativizante: o esquema descreve mas não elimina o fato: *“O próprio Jerome FRANK,*

4 Em especial em figuras como o professor, o padre, o líder (*Duce* ou *Führer*) e, como diz FRANK o *Father-a-Infallible-Judge*.

*aliás, faz concessão ponderável — encarada naturalmente, do ângulo de radicalismo em que se coloca — no sentido das exigências de certeza e de segurança, quando afirma que um limitado grau de certeza pode ser atingido através do direito.”*⁵

2. A Formação do Conceito: Os Contratualistas e o Iluminismo

Parece que não há dúvida que a demanda por segurança ou certeza no Direito é contemporânea no Ocidente da fase de preparação da Revolução Francesa. No âmbito da Filosofia a grande corrente deste período era o chamado Contratualismo que, com todas as suas vertentes por vezes até contraditórias, objetivava justificar a sociabilidade humana sob dupla metáfora: o “estado de natureza” e o “contrato social”.

Independente das concepções distintas, os exemplos HOBBS, LOCKE e ROSSEAU, o certo é que a formação da sociedade civil está colocada em contraste com o estado de natureza e a idéia de sociedade está intimamente ligada à de certeza e segurança. O estado de natureza é por definição aquele em que os homens se encontravam antes da constituição da sociedade civil. Nesta situação foi transformada em quase prosaica a afirmação de HOBBS: *homo hominis lupus* (o homem é o lobo do homem) e a *bello omnius* (a guerra de todos contra todos⁶, ou seja

5 Ob. cit., p. 146.

6 *“La idea de un antiguo estado de naturaleza marcado por el bellum omniun — que basta hace poco siempre habia sido una simple hipótesis filosófica y no histórica, un argumento lógico y no empírico — se há hecho hoy realidad en la sociedade salvaje de los estados*

mal por excelência no “estado de natureza”, que confronta com a convicção oposta de ROSSEAU, de que neste “estado de natureza” o homem é bom por excelência e vive em uma espécie de idílio naturalista. A visão de LOCKE é como que intermediária⁷.

Quer se tenha em consideração a doutrina de HOBBS, de ROSSEAU ou LOCKE, um ponto é indiscutível: todos têm como preocupação essencial a certeza e segurança nas relações humanas, como dado essencial a toda e qualquer forma de convivência. Chegaram à conclusão que a sociedade e poder emanam da mesma fonte essencial. O motivo que conduz a uma é o mesmo que conduz a outro, e esse motivo, em última análise, outro não é senão a segurança.

A obra de HOBBS está talvez mais fortemente marcada por esta oposição entre

.....
*y en el conflicto, latente o explícito, que en la misma enfrenta a las grandes e pequeñas potências, como sujetos ilimitadamente soberanos. El próprio Hobbes, por lo demás, era lucidamente consciente de todo esto: ‘Oirá talvez pensarse que jamás hubo un tiempo en el que tuvo lugar una situación de guerra de esta tipo. Yo creo que no se dio de una manera generalizada en todo el mundo ... Pero aunque no hubiese habido ninguna época en la que los individuos estaban en una situación de guerra de todos contra todos, es un hecho que, en todas las épocas, los reyes y las personas que poseen una autoridad soberana está, a causa de su independencia, en una situación de perenne desconfianza mutua, en un estado y disposición de gladiadores, apuntándose com sua armas, mirándose fijamente, es decir, com sus fortalezas, guarniciones y cañones instalados en las fronteras de sus reinos, espiando a sus vecinos constantemente, en una actitud belicosa’ ” (FERRAIOLI, Luigi, **Derecho y razón**, Madrid: Editorial Trota, 1995, p. 393.*

7 “O governo civil é o remédio adequado para as inconveniências do estado de natureza que certamente são grandes, onde os homens possam ser juizes de suas próprias causas, já que com facilidade se pode imaginar que aquele que tenha sido tão injusto a ponto de prejudicar o seu irmão dificilmente será tão justo a ponto de se condenar por este ato” (**Dois tratados sobre o governo civil**, cap. 2., seções 13 1, p. 10-14.)

o caos e conflito do estado de natureza com o estado instituído. Neste aspecto a contemporaneidade da vida do autor em questão é extremamente relevante, já que viveu em um período marcado por conflitos e instabilidade tanto pública quanto mesmo pessoal. Trata-se do período do fim da dinastia dos Tudor e o início da dinastia dos Stuart na Inglaterra, com diversos conflitos que beiraram a guerra civil. O próprio HOBBS foi banido da Inglaterra e viveu um certo período em 1652 no exílio. Na verdade, a convicção generalizada de que o “estado de natureza” hobbesiano seja uma espécie de antecedente lógico-hipotético para o conceito de sociedade civil, e que jamais existiu talvez não esteja integralmente correta. Os súbitos acessos de anarquia e desordem social daquela e de todas as épocas podem estar muito próximas do quadro repellido por HOBBS.

Assim, “a idéia de segurança ocupa o ponto central da doutrina política de Hobbes, sendo, como diz Antônio de Gennaro, a preservação da paz para ele a ‘norma ética suprema’ legitimadora da formação do Estado, como instituição política capaz de evitar a ‘guerra de todos contra todos’”⁸.

Para BOBBIO,

“O Estado de natureza, para Hobbes, é a longo prazo intolerável, já que não assegura ao homem a obtenção do **primun bonum**, que é a vida. Sob forma de leis naturais, a reta razão sugere ao homem uma série de regras (Hobbes enumera cerca de vinte delas), que têm por finalidade tornar possível uma coexistência

8 Ovídio, p. 108.

*pacífica. E, com efeito, todas elas são, por assim dizer, subordinadas a uma primeira regra que Hobbes chama de 'fundamental' e que prescreve buscar a paz. Já que, no estado de guerra, a vida está sempre em perigo, a regra fundamental da razão, bem como todas as regras desta derivadas, conduzindo o homem para uma coexistência pacífica, são ordenadas, conduzindo o homem para uma coexistência pacífica, são ordenadas tendo em vista o fim verdadeiramente primário de conservar a vida"*⁹

Esta forma de concepção tem a ver com o momento histórico vivido na fase de superação da Idade Média e suas instituições. O momento em que esta superação se radicaliza na história do mundo ocidental é a Revolução Francesa. A busca de certeza no direito se constitui em um dos ideais do racionalismo, que se opõe à desconfiança séria com que a revolução encarava a magistratura instalada na França, com forte vínculos tanto históricos quanto classistas com o *Ancien Régime*, que derrocava.

Neste aspecto não há melhor passagem do que aquela já clássica do trecho da obra de MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, a respeito da tarefa dos juizes: “... os juizes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”¹⁰.

Esta limitação está no cerce da função atribuída

ao judiciário na teoria da tripartição dos poderes, desenvolvida a partir da obra de MONTESQUIEU, que implica em negar qualquer atividade criativa ao juiz e institui a tradição de um sistema burocrático de magistratura.

“Esta tradición en que el juez nunca há sido considerado como parte de una actividad creadora se vio influida por la ideologia de la revolución europea y por las consecuencias de la doctrina nacionalista de una estricta separación de poderes. El juez en el sistema de derecho civil desempeña asi un papel mucho más modesto que el de su colega en el derecho común anglosajón y el sistema de selección y de inamovibilidade del juez civilista es coherente com este muy diferente estado de la profesión judicial”... “El servicio judicial es una carrera burocrática; el juez es un funcionario, un servidor público; la función judicial es estrecha, mecânica y falta de creatividad”¹¹

3. A Segurança do Direito na Gênese do Estado Moderno e do Capitalismo

Segundo Ovídio BATISTA DA SILVA, “a busca de segurança jurídica, na verdade, foi o **ethos** a caracterizar toda a filosofia política do século XVII”. O período histórico que examinamos é na verdade aquele que antecede as revoluções econômica e industrial, consolidadas no século XIX. MACPHERSON encontra ainda em HOBBS os elementos precursores para a crítica do meio econômico da época, do pré-mercantilismo, também conexo à concepção do caótico estado

9 *In Thomas Hobbes*, p. 39.

10 MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175.

11 MERRYMAN, *apud* OVÍDIO, p. 104.

de natureza, que demandava para a superação do paradigma um estado forte, personificado no soberano absolutista.

“Os economistas do século XVII eram em sua maioria mercantilistas, vale dizer, interessava-lhes descobrir qual política estatal estaria mais conducente ao aumento da produtividade e, logo, da riqueza da nação. Para eles era pacífica a necessidade de o Estado dirigir e regular a economia. Ainda não se tinha noção da viabilidade de uma economia auto-regulada: a idéia do laissez-faire estava ainda um século adiante.

Decerto Hobbes também pode ser considerado um mercantilista: todas as suas recomendações políticas ao soberano visavam a estimular a produtividade e a acumulação de capital, a fim de aumentar a riqueza da nação e obviamente ele insistia em que tudo isso deveria ser incumbência do Estado”¹².

É neste período que se principia uma forte distinção entre os sistemas jurídicos continental e anglo-saxão: *“No advento da modernidade, soava estranho que, de quase toda a Europa, apenas o reino atrasado da Inglaterra, situado geográfica e economicamente na periferia de um continente em plena expansão, se conservasse seguindo, por lei, o que eram costumes”¹³.*

Seguramente a concepção de estado no modelo de HOBBS encontrou maior assento no continente que na ilha e suas colônias. Aliás, a este respeito, comenta RIBEIRO o paradoxo:

*“Nunca será demais insistir na importância dessa opção, que na época deve ter parecido tão estranha, um indício a mais, diria um possível modernizador continental daqueles tempos, de como a Inglaterra se aferrava a seu atraso. Por meio dela, o que fez a Inglaterra foi garantir um capitalismo sem pagar, por ele, o preço da renúncia ao autogoverno do investimento numa realização superdimensionada. Enfim, foi o inglês o único capitalismo importante sem absolutismo, mais que isso, **contra** o absolutismo”¹⁴*

Não que a questão da segurança jurídica não se coloca no sistema anglo-saxão.

*Depois de advertir que todo ordenamento jurídico deve servir a três objetivos; garantir a justiça, promover o bem comum e criar a segurança do Direito e de mostrar como o valor **segurança do Direito** foi invariavelmente a preocupação dominante do direito inglês, observa Gustav Radbruch como os dois sistemas se diferenciam neste ponto essencial: enquanto o direito inglês procura preservar a segurança do direito, os sistemas legalistas da Europa continental, identificando o direito como a Lei, satisfazem-se com a segurança da lei do Estado, sem qualquer preocupação por sua eventual injustiça material”¹⁵*

CANOTILHO faz uma confrontação semelhante quando examina o princípio constitucional da segurança jurídica.

12 MACPHERSON, p. 177.

13 RIBEIRO, p. 215.

14 RIBEIRO, p. 218.

15 OVÍDIO, p. 105.

asseverando que nos Estados Unidos (em constatação que é válida para todo o direito anglo-saxão) as idéias de segurança do Direito foram construídas a partir de uma Constituição escrita e de um devido processo legal que preservava as garantias do texto constitucional. Na França, por sua vez, desenvolve-se o **règne de la loi**, sendo a lei a expressão da **volunté générale** da nação, materializando no princípio da legalidade a defesa do cidadão frente ao Estado¹⁶.

Na retrospectiva, a retomada das fontes romanas que seria a tônica da construção do Direito no estado moderno, demanda uma fratura muito séria com na questão das fontes do Direito, a partir do próprio direito romano clássico.

Neste aspecto,

*“os romanos diziam que alguém tinha ação (**actio**), no mesmo sentido em que hoje dizemos que alguém tem direito, o que se explica pelo fato de que os direitos subjetivos em Roma não decorriam apenas da lei, mas do pronunciamento do magistrado” ... “Não é exagero dizer que o magistrado romano pairava acima do Direito. Não que ele, no exercício de seu cargo, não tivesse em consideração o Direito; mas **de iure**, não lhe era vinculado e, **de facto**, é sabido que muitas vezes ele negava seu amparo em casos em que o **ius civile** reconhecia um direito. Decisivo para os romanos não era o que dizia o Direito, mas o que ditava o magistrado ...”¹⁷.*

Windscheid, citado por TORNAGHI, afirmava que *“quando os romanos diziam que alguém tinha uma **actio**, queriam com isso dizer, exatamente, o que nós exprimimos quando dizemos que alguém tem um direito, ...”¹⁸.*

Esta concepção tinha de ser superada, a fim de garantir uma atividade capitalista que demandava a estabilidade na interpretação de um direito único, estável, não sujeito aos sabores da interpretação deste ou daquele magistrado. No caso francês, já mencionado, não há dúvida que a preocupação era fortalecida em vista da vinculação do corpo da magistratura com o regime anterior à Revolução.

A tarefa a que se propunha o Direito do início do século XIX era a recuperação das fontes romanas, todavia, com ênfase para uma fonte única que subordinasse o juiz. Em momento algum este propósito é mais estampado do que no Código Civil francês, o chamado Código de Napoleão, que se propunha a ser não apenas a única fonte de direito privado na França, mas também em toda uma Europa unificada, conquistada pelas baionetas francesas.

“A história do Código Civil de Napoleão (1804) é bem ilustrativa: Portalis, um dos redatores do Projeto, juntamente com os juristas Tronchet, Maleville e Bigot-Préameneu, apresentou o Código à Assembléia Nacional em 1801. Na exposição de motivos ousou afirmar que o Juiz deveria julgar interpretar, clarificar a letra da Lei; exprimir o que um século depois, François Géný iria empreender claramente com o método

16 **Direito constitucional**, p. 349.

17 TORNAGHI, p. 249 e 253

18 TORNAGHI, p. 263. É de HOBBS a distinção entre lei e direito (repetida no *Leviathan* e no *De Cive*: “a lei é um vínculo, o direito uma liberdade, e os dois termos são antitéticos” (*apud* OVÍDIO, p. 122).

da *libre recherche scientifique*, alargando o espírito da Lei.

Portalis foi execrado, e a Assembléia eliminou os dispositivos que travam da interpretação da Lei. Na ocasião, Napoleão teria exclamado 'Meu Código está perdido!', porque os Juízes pretendiam interpretá-lo; o Código Napoleônico, fruto do racionalismo revolucionário, era o que havia de mais positivista, e influiu decisivamente em todas as codificações européias e latino-americanas. Para ele, os Códigos deveriam ser intocáveis".¹⁹

Em uma passagem da doutrina alemã, famosa e diversas vezes reiterada em diversos contextos, ratifica a valorização da lei como fonte do Direito demandada neste período histórico: *"...três palavras retificadoras do legislador convertem bibliotecas inteiras em lixo"*. O comentário é de J. H. von KIRCHMANN, em uma conferência que se tornou célebre²⁰ e, muito embora não pronunciada no contexto ora exposto, serve apenas para ressaltar a preocupação dada à letra da lei e à necessidade da materialização do direito em fontes concretas.

Na verdade, esta valorização da

19 SOUZA, p. 35.

20 **La jurisprudência no es ciência.**, 2ª edição, trad. Antônio Truyol y Serras. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 14. KIRCHMANN quando pronunciou esta célebre frase, faz uma exposição em que procura demonstrar o que é incontestável: que a jurisprudência não tem condições para pretender seu uma ciência idêntica às ciências que tem por objeto o estudo dos fenômenos naturais. Não é este o contexto que pretendemos explorar em nossa exposição. Na verdade, a passagem transcrita acima serve apenas para demonstrar que o Direito da época quer ser concebido como um Direito na lei e que a obra dos operadores jurídicos (seja, por exemplo na doutrina ou na jurisprudência) são de pouco relevo.

unicidade de fontes foi a ênfase do Direito no século XIX, relegando-se qualquer forma de autonomia interpretativa, em especial para os juízes, como repulsiva e indesejável à estabilidade das relações comerciais que se intensificavam no processo de produção capitalista.

A menção à conferência de KIRCHMANN impõe que se reconecte o exame que se faz a respeito da construção do anseio por segurança jurídica com o próprio perfil que se pretendeu dar ao Direito como um todo no período. Ovídio Batista da SILVA, mestre gaúcho encontra em LEIBNIZ a tentativa que transformar o Direito em um ramo do conhecimento adaptado às verdades matemáticas da época. Acaba LEIBNIZ por "sustentar a possibilidade de uma ciência moral e, naturalmente também uma ciência do direito, cuja exatidão e demonstrabilidade fossem tão evidentes como a demonstração de um simples teorema matemático.

Assim, a partir de HOBBS, identificado por tantos como o pai dos positivismos jurídicos, construiu-se uma concepção do Direito como ciência formalista, *a priorista*, abstrata e não empírica, em que o intérprete e em especial o juiz é transformado em uma espécie de geômetra:

"En efecto, cada triángulo hay ciertos datos conocidos, de cuya combinación se inferen necesariamente todos los demás; por ejemplo mediante la combinación de los dados y el ángulo comprendido entre os mismos, está dado el triángulo. De modo análogo, cada parte de nuestro Derecho tiene fragmentos tales que de ellos se derivan los demás: podemos

*llamarlos los principios rectores*²¹

De qualquer forma, como ressalta CAVALCANTI, “*Não se pode negar que a concepção de que a lei era a exclusiva fonte do direito e de que nela se encontravam todos os elementos para a solução dos conflitos de interesses tinha o mérito de fornecer um sentimento de segurança que dificilmente poderá ser superado*”²²...

Assim, ressalta CAVALCANTI, o método gramatical se revestia e se reveste de grade prestígio. “*Kantorowicz salienta: a sentença deve ser previsível. sem dúvida é esse um belo ideal, mas desgraçadamente, e para sempre irrealizável. se a decisão pudesse ser prevista, não existiriam processos e, por tanto, não existiriam sentenças. quem daria início a um processo, que, ao que pode prever, se encerraria com uma decisão contrária*”²³.

4. Segurança Jurídica e Certeza

O filósofo Peter WUST encontra no idioma alemão palavras para segurança: *Gesicherheit* (segurança), *Gewissheit* (certeza), *Ungefährdetheit* (sem perigo) e *Harmlosigkeit* (tranqüilidade)²⁴. O idioma alemão é conhecido por sua precisão e vem sendo historicamente adotado pela Filosofia como a forma de expressar de forma adequada conceitos exatos. Claro que há palavras conexas em todos os idiomas para aquelas alistadas acima, mas em nenhum outro idioma as expressões específicas

são utilizadas de maneira tão corriqueira como no alemão, que congloba em uma única palavra algo em que na maioria dos idiomas demandaria frases inteiras.

Podemos tentar definir segurança jurídica a partir de certas figuras conexas das quais pretendemos diferenciá-la. A mais próxima e que permite algumas confusões seria a *certeza*. Em uma primeira tentativa de distinção é possível afirmar que a segurança é um fato, visível, concreto, como uma pista de rodovia, logo **é objetiva e externa**. A certeza é um valor, uma convicção, algo em que se pode confiar, logo **é subjetiva e interna**²⁵

Carlos Aurélio Mota de SOUZA, em sua tese pós-doutoral *Segurança Jurídica e Jurisprudência*, faz menção à distinção oferecida pelo direito alemão utiliza as expressões ***Rechtssicherheit*** para a segurança jurídica e ***Orientierungsgewissheit*** para a palavra certeza²⁶.

Neste aspecto a segurança jurídica e a certeza como se que complementam no caso de um litígio. A segurança que as partes poderiam ter a respeito de um dispositivo jurídico desaparece quando há a lide. Surge a dúvida, que deve ser resgatada através da intervenção jurisdicional do estado, que resgatará a segurança através da decisão proferida ao final, por um juízo de certeza, que se reforça especialmente quando o entendimento jurisprudencial se reproduz. Assim, a certeza resgata e reforça a segurança jurídica no curso de um processo pela construção de uma linha jurisprudencial. O grau de certeza que uma norma oferece é

21 SAVIGNY, *apud* OVÍDIO.

22 CAVALCANTI, p. 95.

23 CAVALCANTI, p. 104-105.

24 *Apud* SOUZA, p. 169.

25 SOUZA, p. 25 e ss.

26 Ob. cit., p. 36.

inferior àquele oferecido pela interpretação desta norma coroada por uma jurisprudência consolidada.

Para CARNELUTTI, todavia, a questão não é tão simples. Refletindo a respeito da controvérsia célebre entre Calamandrei e Lopez de Oñate²⁷, sobre a oposição entre justiça e segurança, o jurista italiano na verdade toma posição a respeito de questões essenciais sobre a própria essência do processo. Parte da confissão de um equívoco que teria operado na tradução da palavra certeza do latim:

*“... a evidente derivação de ‘certeza’ do latim **cernere**, uma vez que traduzi **cernere** como **ver**, enganou-me. Necessitaram os anos, muito anos, até os últimos, isto é, até que escrevi **Diritto e Processo**, até que me acolhesse o significado originário de **cernere**, não aquele de **ver**, mas o de **escolher**. A certeza, escreveria então, implica em uma escolha; e isso provavelmente já foi o passo decisivo para compreender, não só o verdadeiro valor do seu conceito, mas também o drama do processo”²⁸*

Em seguida CARNELUTTI resposta à pergunta: escolher entre o que? A palavra dúvida, relembra o mestre a partir de lição de Unamundo, vem de *dubium* e de *duo*, da

27 Nesta controvérsia os mestres italianos põem-se em relevo o aspecto da função jurisdicional que importa em um constante balancear das exigências de justiça e segurança, sacrificando na medida do possível a primeira em proveito da segunda, que é mais urgente, mais imperiosamente imediata (CAVALCANTI, p. 164) . Para mais detalhes sobre a controvérsia, examinar como fonte acessível o verbete Direito e Certeza, na Enciclopédia Saraiva de Direito, p. 502.

28 CARNELUTTI, **Verdade, dúvida e processo**.

possibilidade não do contraste entre dois juízos, um dos quais falso e o outro verdadeiro, mas muito mais entre dois raciocínios — no caso de juízo há apenas a decisão estéril, enquanto que no raciocínio há a fundamentação racional para a decisão tomada.

Pois bem, segundo CARNELUTTI, ainda que estes raciocínios estejam fundamentados, o certo é que sempre, especialmente em todo processo, o grau de dúvida gerada permite a existência de diversos raciocínios eventualmente válidos e escorados em fundamentos racionais. Se não fosse assim, talvez sequer houvesse o litígio.

Desta forma, retornamos ao começo, na medida em que a certeza já não é mais o que se vê claro, o que é evidente, o que se discerne, mas também uma opção entre vias dúbias, duvidosas.

5. Segurança e Verdade

BAZARIAN em sua obra *O problema da verdade* indica diversas acepções possíveis para este conceito. A forma clássica de se ver este objeto é o da *verdade como correspondência ou relação*: Trata-se da concepção da verdade que nasce com os gregos. Para Platão verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são, falso o que diz como não são. Aristóteles assevera que negar o que é e afirmar o que não é, é falso; enquanto afirmar o que é e negar o que não, é verdadeiro. Logo, para Aristóteles, a verdade está no pensamento ou na linguagem ou mais especificamente na adequação entre o pensamento/linguagem e a coisa.

Porém, segundo BAZARIAN, Aquino é que pronuncia a clássica definição atribuída a Aristóteles, de que verdade é “conformidade entre o entendimento e a coisa”. Esta maneira

de conceber a verdade perpassa todo o pensamento medieval e renascentista. Kant insiste na definição nominal da verdade, como o acordo entre o conhecimento e seu objeto, ou seja, uma ponte entre o pensamento e o objeto pensado como correlação.

Outra forma, segundo BAZARIAN de encarar é a verdade como revelação ou manifestação. A verdade se manifesta por suas formas – empírica, que se manifesta ao homem de imediato, pelos sentidos; e metafísica, que se revela por conhecimentos excepcionais) Nesta linha temos Descartes para quem deve ser considerado como verdadeiro tudo o que se manifesta de modo evidente (o chamado critério da evidência), além de Hegel , o idealista radical, para quem todo real, enquanto verdadeiro, é a idéia e tem sua verdade só por meio da idéia e nas formas dela.

Outra forma é a da verdade como conformidade: a verdade conforme a regra ou conforme o conceito. Assim a conformidade à regra do pensamento é o critério da verdade, linha que se conecta com Kant e os mesmo os Neokantianos.

Temos ainda a verdade como coerência: o falso é contraditório e o verdadeiro é coerente, admitindo-se graus de coerência, e a verdade como utilidade: para Nietzsche verdadeiro não significa senão o apto para a conservação da humanidade.

Pois bem, segundo SOUZA, a *verdade do processo* emerge da conjunção entre a verdade das questões de fato e das questões de direito e

“... constitui a verdade humanamente aceitável, porque foi buscada através dos vários processos lógicos e dialéticos da razão.

Na convicção dos Juízes s assenta,

portanto , a determinação do juridicamente verdadeiro, apto a produzir a certeza do direito para as partes, para terceiros (paz social), para os órgãos julgadores e mesmo para a ordem jurídica, como criação jurisprudencial”²⁹.

Ou seja, da verdade extraída dos fatos e da verdade para o direito se possibilitaria a construção dialética de um estágio de certeza.

6. Segurança Jurídica e Justiça

Nilo Bairros de BRUM, em sua obra magistral *Os requisitos retóricos da sentença penal* parte de uma linha de classificação que divide as escolas hermenêuticas em *formalistas* e *realistas*.

São formalistas “aquelas posturas que tendem à conservação ou sedimentação dos modelos jurídicos projetados nos textos legais. Trata-se do formalismo legalista que busca a segurança de uma determinada ordem social, através do fortalecimento do poder emissor de normas gerais”³⁰.

São realistas “aquelas posturas que se afastam das propostas legislativas, buscando outras alternativas axiológicas por meio do fortalecimento do poder judiciário”³¹.

Adiante, ressalta o doutrinador gaúcho:

“Há que se entender segurança em oposição teórica com equidade. Segurança da ordem legal estabelecida,

29 SOUZA, p. 70.

30 Ob. cit., p. 44.

31 Ob. cit., p. 44.

que imuniza as valorações sedimentadas no direito legislado contra as alternativas axiológicas viabilizáveis pela equidade. Segurança neste sentido, é o fechamento da hermenêutica em torno do complexo ideológico institucionalizado pelos legisladores, impedindo a entrada perturbadora de outras ideologias.

O termo equidade, despido de sua carga laudatória, significará apenas a abertura da hermenêutica para outras alternativas axiológicas que melhor se adequem à conjuntura em que se dá a interpretação. Através da equidade chega-se a soluções não previstas ou até mesmo, não desejadas pelos legisladores. Essa abertura permite, inclusive o retorno das ideologias rejeitadas pelo complexo ideológico institucionalizado³².

Assim, as posturas formalistas estão vinculadas à preservação do valor equidade, enquanto que as posturas realistas estariam vinculadas ao valor segurança.

Esta oposição todavia, não pode ser aceita e não está integralmente correta. A nosso entender, não há uma oposição entre a segurança jurídica e a justiça. Na verdade a segurança jurídica é, segundo SOUZA, “um valor-condição imanente a qualquer sistema de Direito positivo” e que “mantém uma relação dialética de complementariedade com a Justiça que, por sua vez é uma exigência transcendente”³³

Comentando a questão da articulação de pares que em princípio se afiguram inconciliáveis, CHAÏN PERELMANN assevera que

“toda filosofia nova supõe a elaboração de um aparelho conceitual, do qual pelo menos uma parte, a que é fundamentalmente original, resulta de uma dissociação das noções que permite resolver os problemas que o filósofo se colocou. Isto explicará, entre outras coisas, o grande interesse que, em nossa opinião, se deve dar ao estudo da técnica das dissociações.

Antes de nós, entretanto, alguns eminentes juristas haviam notado que o direito era o campo de predileção do trato, técnica de solução de incompatibilidades. A meta do empenho jurídico, escreve Demogue, não é a síntese lógica, mas o compromisso. O progresso do direito consiste na elaboração de técnicas, sempre imperfeitas, que possibilitam conciliar exigências opostas. Retomando essas idéias, o grande jurista americano Cardozo escreverá: A conciliação do irreconciliável, a mescla das antíteses, a síntese das oposições, eis os grandes problemas do direito”³⁴.

Ainda segundo SOUZA³⁵, a segurança jurídica e justiça não se contrapõe, mas enquanto a justiça é um poder moral, desarmado, sua garantia de efetivação no direito repousa na materialidade objetiva da segurança jurídica. De qualquer forma a questão não é simples.

32 Ob. cit., p. 44.

33 SOUZA, p. 269.

34 PERELMANN, *Tratado da argumentação*, p. 470.

35 SOUZA, p. 269.

RECASÉNS SICHES³⁶, chama a atenção para o fato de não se pode entender a função de certeza e de segurança do direito em termos absolutos por duas razões: 1) ainda que os homens elaborem o direito positivo movidos pelo desejo de obter alguma segurança e certeza em determinadas relações sociais, o que os importa não é qualquer certeza e segurança, mas precisamente certeza e segurança em que se entendam como pautas de justiça; 2) ainda que o desejo de segurança e um dos afãs fundamentais da vida humana, não é o único destes, já que coexiste com outros desejos de tipos contrários, tais como o anseio de mudança, de melhora e de progresso.

De tudo isto, ainda segundo o mestre mexicano, é inevitável uma margem de incerteza e de insegurança no direito, pois de outra forma se tornaria ele um instrumento de estagnação social. Esta incerteza e insegurança constituem o preço do progresso humano e da busca de formas mais justas de organização social. Nem se pense que daí decorre maior prejuízo para o homem ou para o todo social. Os princípios básicos que servem de fundamento à ordem jurídica, subsistem inconcussos, fornecendo a base principal para o julgamento dos atos humanos.

Assim, a tarefa do operador jurídico é o de conciliar dialeticamente estes dois valores em que se situam as ideologias jurídicas, a equidade e a segurança. Em outras palavras, o articular dialeticamente este par segurança/equidade.

Segundo CAVALCANTI³⁷, indicando a lição de Roscoe POUND, o direito deve ser estável e

apesar disto não ser imutável, devendo conciliar as exigências contraditórias de estabilidade e transformação. De um lado flexibilidade e de outro estabilidade. Assim, o desafio do jurista está em encontrar a maneira mais adequada de poder conciliar a idéia de um sistema de direito fixo, que não deixe margem ao arbítrio individual com as idéias de transformação, desenvolvimento e criação de um novo direito. As idéias de certeza e segurança precisam amoldar-se à realidade que se tem em vista, e que outra não é senão a realidade humana. Por isso mesmo, não se pode jamais cogitar de uma certeza total, de uma certeza absoluta. Deve se cogitar então não de uma certeza formal, mas de uma certeza normativa, como expressão da realidade cultural.

7. A Segurança Jurídica Como Princípio em Ação

De tudo o que se expôs, já é tempo de tentar dar uma definição com contornos mais claros do que seja segurança jurídica e da forma como este valor interage no campo jurídico.

A segurança jurídica é uma espécie de “bem jurídico” tutelado, por exemplo, pelas figuras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Assim, esta temática

“liga-se à sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos. A segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa

36 *Apud* CAVALCANTI, p.160-161.

37 CAVALCANTI, p. 158.

certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída”³⁸.

Assim, na verdade, as três garantias capituladas servem como uma espécie de objeto de três faces, cada qual garantindo este valor da segurança jurídica, cada qual sob certas circunstâncias fáticas. O próprio valor segurança jurídica há de ser colocado como uma das formas de conteúdo do continente isonomia, também predicado de foro constitucional — situado numa escala valorativa num estágio quase que fundante de uma ordem constitucional justa e democrática. Fala-se de segurança como uma face da isonomia, no sentido de assegurar decisões ou conclusões jurídicas idênticas para todos aqueles que se colocam em situação análoga.

Parece importante frisar logo que ao se invocar a segurança jurídica como valor, o emissor do discurso adota uma posição algo conservadora — em sentido amplo, já que muitas conquistas não de ser efetivamente conservadas. A manipulação ideológica, todavia, está muitas vezes presente, e o que de fato se pretende é a preservação de interesses limitados contra a evolução decorrente de conquistas da coletividade.

J. J. Gomes CANOTILHO, o conhecido constitucionalista português fala em um *princípio da segurança jurídica* que é elemento essencial ao Estado de Direito, a que também eleva à condição de princípio. Este *princípio do Estado de Direito* estaria materializado quando

presentes na organização estatal as seguintes características, sumarizadas por Luiz Airton de CARVALHO:

- “1. Há respeito à legalidade, para que a Administração não aja contra a lei (**contra legem**), nem sem fundamentação em lei (**praeter legem** ou **ultra legem**);
2. Há prevalência da lei e da reserva legal;
3. há controle dos atos administrativos pelo Judiciário, provenham eles do Legislativo, do Executivo ou do próprio Judiciário;
4. há consagração da responsabilidade do Estado e dos funcionários por danos causados no cumprimento de suas tarefas;
5. há limitação do poder discricionário do Estado, dentro do princípio da legalidade.”³⁹

Para CANOTILHO

“Além das suas imbricações com o princípio de proteção da confiança, as idéias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos:

1. **estabilidade** ou eficácia **ex post** da segurança jurídica; uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, as decisões estaduais não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável alterações das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.
2. **previsibilidade** ou eficácia **ex ante** do princípio da segurança jurídica que,

38 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 412.

39 CARVALHO, **Princípios constitucionais da segurança jurídica no estado democrático de direito**, p. 08.

*fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos.*⁴⁰

Em vista destas anotações, CARVALHO, a partir da obra de CANOTILHO, alinha as seguintes derivações ou manifestações do princípio da segurança jurídica:

1. A intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.
2. Proibição de excessos, materializada na conformidade e adequação dos meios, que implica no exercício da competência e prerrogativas dos entes públicos no exato limite demandado para a satisfação do interesse público, segundo uma relação de adequação medida-fim.
3. Garantias do acesso à justiça e ao devido processo legal, especialmente quando o Estado ao proibir a autotutela de interesses dos particulares, impõe a via jurisdicional, deve assegurar que esta imposição não implique em cerceamento ao exercício dos direitos.
4. Sujeição do poder discricionário ao princípio da legalidade, ou seja, cabe à Administração a observância de toda a legislação, mesmo quando no exercício do poder discricionário, quando este limite se impõe no mínimo quanto à finalidade legal.
5. Obrigatoriedade de indenizações por atos lesivos e compensações de prejuízos causados pelo Estado, por meio de seus

agentes, materializada atualmente como obrigação objetiva de indenização sempre que presente o simples nexo causal entre a ação do Estado e o dano.

6. Garantia da não surpresa em matéria tributária, através das diversas limitações ao poder de tributar, tais como o respeito à legalidade e anterioridade.

7. Tipicidade fechada em matéria penal e tributário, caracterizada pela não existência de crime, pena ou tributo sem prévia tipificação em lei.

8. Direito ao juiz natural, pela proibição absoluta dos juízos de exceção.

9. Direito à igualdade perante a lei, ou mais especificamente na aplicação da lei.

Como se observa o princípio da segurança jurídica é mais amplo do que em princípio se poderia imaginar, abrangendo muitos outros casos além do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada acima referidas. Dada a relevância destes institutos no tema deste trabalho, há o exame pormenorizado de cada um deles em capítulos específicos.

De qualquer forma, cumpre ressaltar que a *estabilidade* e a *previsibilidade* caracterizadoras deste princípio são na verdade derivações ou especificações do próprio princípio da isonomia, que é fundante para a ordem constitucional e que assegura a todos os cidadãos, dadas as mesmas condições jurídicas, de receberem o mesmo tratamento.

40 CANOTILHO, *Direito constitucional*, p. 380.

8. Segurança Jurídica e a Questão do Efeito Vinculante das Decisões de Cortes Superiores

Toda a vez que se retoma o tema da segurança jurídica vem à mente dos profissionais ligados à área jurídica o projeto da atribuição de força vinculante a julgados dos Tribunais Superiores, também chamado de súmulas com efeito vinculante. É uma questão permanentemente mencionada pelos acólitos de reformas estruturais no Poder Judiciário pátrio, como a ora em curso.

Passamos ao largo de considerar que as propostas levantadas acabarão apenas por gerar, do lado das correntes mais liberais a reação e o contra-argumento o efeito vinculante destinam-se apenas a toldar todas as iniciativas inovadoras e progressistas na jurisprudência. Ainda que não seja argumento de todo válido, sem dúvida é um prognóstico que assusta. O extrato de posições anteriores já tomadas por alguns Tribunais Superiores em questões importantes talvez assuste os mais avançados.

Não há dúvida que a sistemática do efeito vinculante das decisões de Tribunais Superiores é uma tradição dos sistemas judiciais dos países mais avançados. Na Alemanha, por exemplo, os julgados superiores tem a chamada **Gesetzkraft**, força de lei.

Além disto, nos sistemas em que há cortes constitucionais, a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato normativo é prerrogativa apenas deste órgão. Não é facultado a nenhum juízo decidir com base neste argumento sem pronunciamento prévio da corte constitucional — que até poderá ser provocada a este respeito pelo juiz da causa. Trata-se, também de uma forma de limitação ao poder amplo do juízo de instâncias inferiores

de decisão sem o pejo do precedente ou do pronunciamento das cortes superiores.

Parece-nos que a sistemática norte-americana neste aspecto é a mais eficiente, especialmente para um país como o Brasil, com as semelhanças com o país do norte, com suas grandes dimensões e vocação para uma federação natural. Ao contrário do que apressadamente imaginam alguns, nos sistema judiciário dos Estados Unidos não há efeito vinculante para as decisões de cortes superiores. Existe o chamado princípio do **stare decisis et non quieta movere**, que nada mais é que o respeito à autoridade cultural do precedente. Na verdade trata-se de uma característica do Direito anglo-saxão e é oriunda da jurisprudência antiqüíssima da *House of Lords*, a Câmara dos Lordes, no exercício de sua competência jurisdicional, especialmente como corte política.

Na verdade, o que há no Direito anglo-saxão é a chamada **eficácia persuasiva** do precedente. A questão provém de uma distinção clássica para esta rama do Direito entre *auctoritas* e *potestas*. Segundo Álvaro D'Ors "*la autoridad es el saber socialmente reconocido y la potestad es el poder socialmente reconocido*"⁴¹. Assim, à *iurisdictio* corresponde à *potestas* e a *iudicatio* decorre da *auctoritas*. *Ius dicere (iurisdictio)* é dizer solenemente o Direito, sob distintas formas de declarações públicas. Constitui um ato de *imperium* (daí *ius dicere, addicere, interdicere e dicere*), soma de poderes do magistrado na boa marcha do processo⁴².

41 SOUZA, p.219.

42 SOUZA, p. 219.

Assim, a **eficácia persuasiva** provém da *auctoritas*, do estofo, da profundidade, da qualidade com que a decisão da corte superior é proferida e que convence a todos, inclusive as instâncias inferiores de sua correção e que a elas se curvam. Já a **eficácia vinculante** escora-se apenas na *potestas*, como um ato de força, impositivo, descurado da correção e razoabilidade de seu conteúdo. A decisão proferida apenas com a *potestas* não é jurídica, já que esta deve convencer, persuadir.

9. Bibliografia

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Curitiba: Folha Acadêmica, órgão de divulgação do Centro Acadêmico Hugo Simas, n° 116, p. 05.

CARVALHO, Luiz Airton de. **Princípios constitucionais da segurança jurídica no Estado democrático de direito**. Revista AMB, ano I, n° 2, p. 07-23, agosto de 1997.

CAVALCANTI FILHO, Theóphilo. **O problema da segurança do direito**. s/ed., s/data.

FERRAIOLI, Luigi. Derecho y razón, Madrid: Editorial Trota, 1995, p. 393.

KIRCHMANN, J. H. von. **La jurisprudência no es ciência**. Tradução Antônio Troyol y Serras. 2ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1961.

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo civil, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACPHERSON, C. B., **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX**. Tradução Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. O espírito das leis; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 175.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

RIBEIRO, Renato Janine, **Contra os mistérios da realeza, a curiosidade**, in A Crise da razão, São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996.

TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de direito processual penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.