

JEROME FRANK, O MITO LEGAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

JEROME FRANK, THE LEGAL MYTH AND LEGAL SECURITY

Manuela Braga Fernandes*

Resumo: O princípio da segurança jurídica é a expressão de certeza e ordem nas relações jurídicas. O princípio pode ser sinônimo de estabilidade, previsibilidade ou imutabilidade da legislação escrita e das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. É através desse respeito às leis e decisões que o Estado mantém a ordem social. Com o respeito a norma ou, em outras palavras, a segurança jurídica, o Estado consegue garantir a segurança da vida e liberdades dos cidadãos. Assim, a segurança jurídica é elemento assegurador de um dos principais objetivos do Estado – a segurança pública. Dessa forma, justifica-se a preocupação do direito em manter e promover o princípio da segurança jurídica. No entanto, é possível constatar que ele existe nesses termos de imutabilidade e previsibilidade? A resposta inicial deste trabalho concorda com o referencial teórico de Jerome Frank, para quem o direito é regido pela incerteza. A norma escrita serve, então, para fundamentar decisões emocionais do magistrado.

Palavras-chave: segurança jurídica; Estado de direito; Jerome Frank.

Abstract: Legal security is the expression of certainty and order in legal relations. This principle is a synonym of predictability, stability or immutability in written legislation and jurisprudence. Through the respect of law and jurisprudence the State maintains social order. Respecting the rules, or, in another word, with legal security, the State is able to assure life and freedom for its citizens. So, legal security is an element that sustains one of the States' main goals – public security. In that manner, the caring of the legal security principle is justifiable. However, is it possible to determinate that it exists in such terms of immutability and predictability? This works' initial response agrees with Jerome Frank, to whom the law is driven by uncertainty. The written legislation serves, in fact, to justify emotional decisions made by judges.

Key words: legal certainty; State of law; Jerome Frank.

INTRODUÇÃO

A origem da ideia de segurança remonta do provérbio romano “*salus publica suprema lex*” (“a salvação do povo é a lei suprema”)¹, em que a legislação é apresentada como ferramenta de garantia da ordem na sociedade, nos mesmos termos da segurança jurídica de hoje.

Interessante perceber, no entanto, que na república romana, apesar da valoração da lei, em casos que se configurasse a necessidade, seria possível confiar plenos poderes a um

* Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. Mestranda em Direito Econômico pelo PPGCJ da UFPB. Bolsista CNPQ. manuelabraaga@gmail.com

¹ AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 26/02/2014.

magistrado, o ditador². Nota-se então, que mesmo num governo de valorização das leis, ainda se admitia o papel fundamental do intérprete em determinados casos concretos.

A proposta desse trabalho é perceber criticamente o papel da norma escrita na ordem jurídica e o propósito de defender a estabilidade dessas normas através do princípio da segurança jurídica. Assim fará apresentando a segurança jurídica nos seus diferentes aspectos, isto é, como ferramenta de garantir previsibilidade nas decisões judiciais e imutabilidade da norma escrita.

Em seguida, faz-se mister compreender o papel fundamental que esse princípio tem na composição e manutenção do Estado de direito. A forma de o Estado garantir paz e ordem social é através do direito, que determina os parâmetros do convívio social e do uso legítimo da força. Assim, o respeito a legislação e a previsibilidade da conduta do Poder Judiciário, traduzidos no princípio da segurança jurídica, são mecanismos fundamentais para a manutenção da ordem social e do próprio Estado.

No entanto, tomando-se o referencial teórico do realista norte-americano Jerome Frank, é possível perceber que os termos de previsibilidade e imutabilidade são regados de fragilidade à medida que dependem de um fator subjetivo para serem concretizados: o magistrado.

Dessa forma, tem-se o problema do trabalho. O Estado de direito existe para garantir, entre outras, a ordem e a vida, ou seja, segurança. O artifício através do qual ele pode assegurar referidas garantias é a legislação e a imposição do respeito às normas escritas, o que se traduz no princípio da segurança jurídica. Assim, a manutenção das leis é relevante por uma questão de segurança pública, o que explica a própria importância da segurança jurídica. No entanto, é realmente possível perceber os termos de previsibilidade e imutabilidade da segurança jurídica na manipulação do direito?

A hipótese inicial para essa pergunta é de que o discurso da segurança jurídica serve ao Estado à medida que promove os recursos para garantir a ordem social. No entanto, como afirma Jerome Frank, o direito é regido pela incerteza.

De início, faz-se necessário entender a origem do discurso da segurança jurídica para melhor compreender seu papel dentro da do Estado de hoje.

² AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 26/02/2014.

1. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA COMO HERANÇA CONTRATUALISTA

Na Idade Moderna, especialmente no início do século XVII até o fim do século XVIII, ocorreu uma difusão da ideia antiga de direito natural, que é frequentemente chamada de jusnaturalismo. O jusnaturalismo foi mais tarde substituído pelo historicismo, mas, antes disso, encontrou três filósofos que são considerados os maiores responsáveis por retirar o direito natural da Idade Média e trazê-lo para a Moderna³. Hobbes, Locke e Rousseau discutiam eminentemente questões de direito público, entrando na problemática da necessidade de segurança pública, como se verá.

Os novos Estados modernos encontraram nessa corrente filosófica os termos para sua organização. Assim, para entender a origem da segurança jurídica é preciso compreender os moldes com que foi criada. Os parâmetros da segurança jurídica não são outros que não os do jusnaturalismo.

O que se tinha na filosofia clássica grega era uma ciência do provável, a que se chegava através da interpretação⁴. Com o jusnaturalismo foi introduzido o método demonstrativo, que se opunha à mera interpretação, aproximando as ciências sociais das naturais. A medida que promovem que a tarefa dos juristas não é interpretar as leis, os jusnaturalistas entendem que sua função é de descobrir as regras universais de conduta através do estudo da natureza do homem, da mesma maneira que as ciências naturais estudam a natureza⁵.

O direito natural, especialmente o de Hobbes, tem o comportamento humano como cerne da questão⁶, a ciência não é mais um questão de ordem de Deus, como na Idade Média, ou do cosmos, como na Grécia clássica, mas deve se fundamentar no homem.

Foi, então, a partir do século XVII que o jusnaturalismo encontrou os contratualistas e é essa comunhão de ideias que interessa ao presente trabalho. Os três principais contratualistas modernos são Hobbes, Locke e Rousseau. Não foram eles, no entanto, que conceberam o contratualismo. O primeiro contratualista foi Epicuro, que, na Grécia clássica,

³ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 14.

⁴ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 20.

⁵ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 22.

⁶ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 85.

já formulava a ideia de que o Estado foi constituído por um contrato firmado entre indivíduos livres e iguais⁷. O contrato de Epicuro visava a conveniência; os contratantes estariam desfrutando de uma tranquilidade entre si, sem qualquer espécie de submissão, já que num contrato entre iguais há igualdade de interesses.

Epicuro apresentava ainda um jusnaturalismo mais mitigado. Ele não reconhecia um direito com validade por natureza para todos os homens ou que já existiria antes dos tempos. Seu direito natural vai se construindo com tempo e através das leis, ganhando validade com a construção do direito. Resta ainda dizer que esse direito só será válido até o ponto que continua servindo os homens que o criaram e, mais especialmente, à sua segurança. O objetivo da realidade é garantir a imperturbabilidade e assim se faz com justiça, que é nada mais um pacto de não prejudicar ou ser prejudicado pelo outro, de modo a não afetar o equilíbrio do espaço em volta⁸.

É possível perceber um jusnaturalismo mais pragmático, que se contrapõe à ideia moderna de direito suprapositivo, regras gerais ou verdades naturais que são descobertas na natureza.

Os contratualistas traziam para suas exposições de ideias o estado de natureza, uma hipótese de trabalho, mera abstração⁹. Um argumento comum a todos esses filósofos era de que para que houvesse organização em sociedade era necessário que todos cedessem parte de sua liberdade, de modo a serem governados por um soberano, aquele que agruparia a parcela de poder cedida por todos e controlaria a nova sociedade formada de modo a promover a vida social nos termos de hoje. O contrato social é, em tese, justamente isso, o acordo em que todos cedem parte de sua liberdade para viverem em sociedade e com segurança.

É o que Popper chamou de paradoxo da liberdade: a liberdade nega a si mesma se for ilimitada¹⁰, pois significa que um forte pode agredir um fraco e cercear a liberdade deste. Aí está a necessidade de criar um Estado que limite a extensão da liberdade através da lei, de modo que todos tenham acesso a ela. Nenhum cidadão do Estado deve ser subjugado pelo outro, todos devem ter o direito de serem protegidos pelo Estado. O cerne da questão para

⁷ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 66.

⁸ EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995, p. 97.

⁹ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 50.

¹⁰ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998, p. 131.

esse trabalho é que essa proteção se dá através da lei e a segurança do contrato social se interpreta hoje como segurança jurídica.

Para Hobbes o homem é o lobo do homem. No estado de natureza, anterior a formação da sociedade civil, a liberdade é absoluta, por isso, a própria conservação humana depende da supressão dessa liberdade. Quando todos renunciam parte de sua liberdade a cedem a um único indivíduo, o soberano. Esse soberano é o único titular do velho direito da força, de modo que, assim, é capaz de manter a ordem. No entanto, para Hobbes, com a renúncia do poder em favor do soberano, o povo se torna nada mais que súditos com obrigação absoluta de obediência¹¹. Nota-se que Hobbes é afeito do absolutismo próprio do século XVII.

O conteúdo filosófico jurídico de Hobbes parte da ideia da busca da conservação humana através de segurança e paz na sociedade. No entanto, as ideias de Hobbes servem a uma teoria política de opressão, o absolutismo, em que o povo cedeu toda sua liberdade e não mantém mais controle sobre a forma de garantia da ordem.

Hobbes, no entanto, entende a ideia intrínseca entre segurança e política. O Estado precisa se fazer consciente de duas ideias fundamentais para os indivíduos, o desejo de autoconservação e a sede de poder. Dessa forma, a segurança estava dirigida a um inimigo externo, uma demonstração de força que representasse ameaça para o outro, e um inimigo interno, qual seja, a sede de destruição constante. Assim, o soberano precisava proteger o povo de si mesmo, controlando seus apetites destrutivos¹².

Afirma, então, que os Estados modernos devem se constituir em sistemas de controle de modo a manter a ordem. Um estado seguro seria aquele em que a máquina governamental consegue operar plenamente; o objetivo desse Estado é manter segurança e comodidade como bens públicos¹³.

Essas noções de segurança e comodidade através de controle do governo sobre os cidadãos se traduz com facilidade para os dias de hoje nos propósitos de manutenção do princípio da segurança jurídica. Retirando do raciocínio o absolutismo hobbesiano, o controle do Estado soberano sobre seus cidadãos se dá através da legislação e, mais ainda, do respeito dos indivíduos a essa legislação. Da mesma maneira, a criação de uma cultura de respeito a lei

¹¹ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 119.

¹² CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad**: la ciudad biopolítica. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010, p. 67.

¹³ CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad**: la ciudad biopolítica. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010, p. 88.

por parte dos próprios órgãos estatais – eminentemente do poder Judiciário – garante paz e passividade nesses indivíduos, ou, em outras palavras, controle do Estado.

Rousseau, noutra vertente, eliminou a ideia de submissão no contrato social. Rousseau acreditava que não se podia abdicar da liberdade individual, o que o contrato fazia era uma associação de pessoas que se defendiam e protegiam.

Em primeiro lugar, o contrato deveria ser voluntário, em segundo deveria haver uma relação direta entre o indivíduo e soberano. O homem não poderia ser representado por outro, nem por uma classe, nem por um príncipe e nem por uma corporação. Para ele o homem é parte indivisível do todo e só pode ser submetido à vontade geral¹⁴.

Nesses termos, o homem não se desfaz da sua liberdade, pois ainda tem uma parcela igual de sua vontade representada na vontade geral. As ideias de Rousseau representam a primeira vez em que o direito natural foi pensado para garantir a soberania popular¹⁵. O governo deve sua existência à delegação de poder e está submetido às disposições do único soberano: o povo.

O homem no estado de natureza de Rousseau, apesar de feliz, não é livre, pois é escravo de seus próprios instintos. Com o contrato social e a instituição da sociedade civil o homem não é livre se obedece às leis, mas é possível torna-lo livre dentro desse sistema se essas leis forem postas por ele mesmo. A transferência do direito de liberdade para o poder político, que se dá na transição do estado de natureza para sociedade civil, deve servir para dar a todos esses novos cidadãos leis que eles mesmos teriam se colocado¹⁶.

Locke também apresenta algumas oposições à compreensão do poder de Hobbes. Para aquele, ao contrário deste, o poder do soberano é limitado, divisível e resistível por parte do povo¹⁷. Se Hobbes acreditava no governo monárquico absolutista, Rousseau era um democrata e Locke se apresenta a favor do governo constitucional representativo. Locke defendia a divisão dos poderes, mais especificamente uma monarquia constitucional representativa¹⁸. Dessa forma, o contrato social para Locke era uma cessação de parte da liberdade dos indivíduos em favor de um soberano, que agiria representando o interesse de

¹⁴ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 141.

¹⁵ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 142.

¹⁶ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 71.

¹⁷ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 75.

¹⁸ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 86.

todos. Nota-se que o modelo lockeano se diferencia do hobbesiano, em que o contrato social formava um Estado de subserviência, e do modelo de Rousseau, em que o povo governa propriamente.

Assim sendo, é possível dizer que a estrutura de raciocínio de Locke, em que a saída do estado de natureza se dá através de um contrato social em que os indivíduos cedem parte de sua liberdade para serem representados por um soberano que deve agir em seu interesse, é bastante parecido com o nosso modelo atual de Estado democrático de direito.

Importante perceber, portanto, que a forma que o soberano tem para garantir segurança a paz uma vez investido do poder de todos é a lei. Uma vez formado esse corpo legislativo a manutenção do mesmo é imprescindível para a própria manutenção da ordem. Esse cuidado em se manter a lei é justamente o que hoje se chama de segurança jurídica.

Toda a construção de Locke entorna a questão da representatividade que, em outras palavras, é a ideia de certeza, confiança e consentimento em troca de segurança. Essa certeza e confiança no governo pode se traduzir na confiança no corpo legislativo, tanto no sentido de poder contar com a legislação promulgada quanto do ponto de vista de prezar pela manutenção da mesma. A segurança jurídica é nada mais que a ideia de certeza e confiança no que se refere a normas legais. A segurança jurídica é, portanto, o próprio argumento capaz de fazer o Estado manter a ordem e a segurança pública, que, de acordo a teoria contratualista, é sua razão de existir.

Para Kant¹⁹, no estado de natureza o indivíduo está sob constante ameaça do seu vizinho, mesmo que este não o tenha lesado de fato; o outro, no estado de natureza, é inimigo mesmo sem ter tomado nenhuma medida de violência. Para ele, isso acontece porque não existem leis para proteger o indivíduo, não há segurança. Ele diz ainda que a dependência de todos em relação à lei é mais importante que a igualdade e a liberdade absolutas²⁰, a preocupação deveria ser no sentido de formular uma constituição fundamentada nesses princípios.

Desde logo, é possível entender a preocupação de Kant em colocar a lei como promotora de segurança. Essa mesma ideia pode ser encontrada em Hobbes, para quem o estado de natureza também era belicoso. Esse viés da lei como promovedor de segurança e fundamento da organização em sociedade é o mesmo discurso que se tem hoje quando a legislação e a confiança no Judiciário são colocados como promovedores de segurança

¹⁹ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008, p. 10.

²⁰ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008, p. 11.

jurídica. O que se observa no Estado Democrático de Direito é essa mesma segurança jurídica como justificação da vida em sociedade (como se tinha no contratualismo do século XVII).

No entanto, é possível notar diferenças ainda entre os contratualistas quanto às características desse estado de natureza. Para Hobbes o estado de natureza era belicoso, o *bellum omnium contra omnes*. Já Locke entendia que o estado de natureza era um estado negativo, apesar de discordar que fosse um estado de guerra, como Hobbes promovia²¹. Comparou o estado de natureza à anarquia e entendia que a dissolução do Estado promoveria um retorno ao estado de natureza. Para Rousseau, no entanto, o estado de natureza é inspirado no mito do “bom selvagem” e, por essa razão, ele discorda da tese de estado de guerra de Hobbes. Rousseau acreditava que, a princípio, o homem era pacífico e feliz no estado de natureza. No entanto, com a propriedade civil e a divisão do trabalho, institui-se um estado de guerra²². Dessa forma, também para Rousseau o estado de natureza é um estado negativo, apesar de diferenciado do hobbesiano.

O homem tem, então, que sair desse estado de natureza negativo. A maneira de fazer isso é através do contrato, o instrumento através do qual os indivíduos podem afirmar um poder político.

Desde a *República* de Platão já se tinha a ideia de que, se todos os homens agem de acordo com sua natureza primitiva, provocam uma situação de intolerância para a maioria. A maioria, então, resolve fazer um acordo, entendendo que todos estariam melhores se resolvessem não causar mais danos uns aos outros. Assim, começaram a formular leis e aí nasceu a ideia de justiça²³. A tese contratualista, com sua construção hipotética de estado de natureza, contrato social e sociedade civil faz uma elaboração bastante parecida com esse discurso de Glaucon na *República*.

Todas essas ideias parecem concordar num ponto: o resultado do contrato é o poder de fazer leis do novo soberano. Essas leis são, nesses termos, as responsáveis pela segurança que se passa a ter, uma vez ultrapassado o estado de natureza. Nota-se aqui a ideia de leis atrelada intrinsecamente à de segurança.

Dentre todos os contratualistas, Hobbes foi o que primeiro se preocupou com a questão da segurança. Para ele o Estado é fruto da paixão e não da razão porque a passagem

²¹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 52-57.

²² BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 56.

²³ STRAUSS, Leo. I: Sobre la Política de Aristoteles.II: Sobre la Republica de Platón. In: _____. **La ciudad y el hombre**. Trad. Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 129.

para sociedade civil se dá pelo desejo de preservar a vida²⁴. Para ele o que faz de um Estado um Estado é o poder de fazer leis. Esse poder está colocado no soberano e toda lei deve emanar desse poder, a lei é, assim, a expressão do que é justo²⁵.

Se o próprio fundamento de formação do Estado é, dessa forma, o poder de fazer leis que garantam segurança fora do estado de natureza, então é esse modelo de estado que constrói o modelo legislativo relacionado à noção de segurança. Para haver segurança é preciso que haja leis, do mesmo modo que o cidadão, para que se sinta seguro, precisa confiar que o Judiciário vai lhe trazer justiça quando um direito for violado. Assim, a segurança que os contratualistas falavam vive hoje através do princípio da segurança jurídica.

A dogmática reserva para a segurança jurídica a posição de regra fundamental do direito, associando-a a noções de paz, ordem e certeza jurídica, argumentando até mesmo que sem segurança não haveria nenhum dos outros. É o que se infere dos diversos manuais de direito, que ensinam a segurança jurídica como algo natural e basilar na organização em sociedade²⁶. A construção do conceito de segurança jurídica como algo natural vem, justamente, como herança do jusnaturalismo, que justificava a promoção de segurança através da feitura de leis. O princípio da segurança jurídica vem, nesses termos, unir esses dois componentes: segurança e lei.

Do mesmo jeito que Locke, no séc. XVII, tentava achar o fundamento da organização em sociedade na segurança, a segurança jurídica fundamenta a sociedade atual, gerando a confiança de todos no Estado e, por isso, legitimando o próprio Estado. A organização do Estado de direito é feita em torno da lei, o Poder Legislativo existe para fazer as leis, o Executivo para efetivar essa legislação e o Judiciário para resolver qualquer conflito com fundamento legal. É assim que a importância da lei legitima o Estado democrático de direito.

Uma vez estabelecida a origem da segurança jurídica na teoria contratualista de garantia de ordem e segurança no Estado, faz-se necessário entender que vem a ser exatamente essa segurança jurídica, bem como aprofundar-se na sua relação com o Estado democrático de direito.

²⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 98.

²⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 91.

²⁶ Aqui se faz alusão à falácia naturalista, que trata o conceito como se fosse da natureza da coisa e, portanto, dela sempre fosse parte, razão e existência.

2. A UTILIDADE DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste momento é mister compreender dois conceitos relevantes para a discussão deste trabalho. Se a hipótese proposta é de que o direito é regido pela incerteza, de modo que a segurança jurídica serve apenas como um discurso para garantir ordem e estabilidade dentro do Estado democrático de direito, não se pode ir adiante sem entender o que são exatamente esses paradigmas, segurança jurídica e Estado de direito.

Da mesma forma, na tentativa de comprovar a hipótese trazida, é preciso demonstrar a relação intrínseca que segurança jurídica e Estado de direito guardam entre si. É o que se faz a partir deste tópico.

2.1 A compreensão do princípio da segurança jurídica em todas as suas dicotomias

Muito já discuti acerca da origem, dos paradigmas e das consequências do princípio da segurança jurídica, mas que vem a ser exatamente?

A segurança jurídica é um princípio vocacionado na direção de estabilidade, normalidade, o sentimento de certeza que o cidadão tem que, ao acionar o Judiciário, não vai testemunhar alterações bruscas na realidade fático-jurídica. Ela se dá de uma inferência lógica do art. 5º, XXXVI, da CF, que diz "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" e funciona como um conceito natural advindo da organização em sociedade.

A segurança jurídica é, hoje, um dos pilares sobre os quais se fundamenta o Estado de direito²⁷. Ele reserva para a segurança jurídica a posição de regra fundamental, associando-a a noções de paz, ordem e certeza jurídica.

O propósito da noção de segurança jurídica é garantir a convivência pacífica entre os indivíduos, estabelecendo limites para sua atuação social, de modo a lhes garantir direitos naturais, como vida, liberdade e propriedade.

A ideia de segurança jurídica trazida para esse trabalho é aquela relacionada a expressão de segurança e certeza nas relações jurídicas. A crença do cidadão na estabilidade das relações jurídicas, na previsibilidade da ação estatal, de modo que mesmo aquele que não

²⁷ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005, p. 125.

conhece as leis tem o sentimento de confiança de que elas vão se cumprir. Além disso, a expressão de certeza também se dá no campo legal. É também uma problemática de segurança a não alteração arbitrária da legislação de modo a prejudicar o cidadão.

Dessa forma, existem duas dimensões diferentes quando se fala em segurança jurídica: a primeira concernente à previsibilidade dos resultados de uma ação judicial e a segunda relativa à eficácia da norma, de modo a se construir confiança de que aquela previsão legal não será arbitrariamente modificada.

A segurança jurídica no viés jurisprudencial proporciona ao cidadão o conforto de que, estudando a norma escrita, a principiologia do direito e os casos similares é possível ter uma expectativa do que pode acontecer no seu caso particular. Enquanto isso, a segurança jurídica no aspecto legal garante ao indivíduo que a confecção de uma série de leis dentro de parâmetros do Estado democrático de direito não permite que elas sejam manipuladas arbitrariamente em seu desfavor.

É o que a doutrina chama de segurança jurídica em sentido amplo e em sentido estrito. O sentido amplo seria aquele jurisprudencial, é mais uma questão de garantir o aspecto material da norma jurídica, no sentido de efetivar os direitos fundamentais do homem²⁸. Não depende necessariamente de legislação escrita, mas de um conjunto de sentidos subjetivos do que deve ser justo.

Já o sentido estrito da segurança jurídica está focado no aspecto formal, típico dos sistemas jurídicos positivistas, nos quais se pode determinar com exatidão o momento que a norma entra ou sai do ordenamento. A segurança aqui se relaciona aos efeitos temporais da regra jurídica, de modo que o indivíduo pode ter a confiança de que uma lei revogada não pode prejudica-lo²⁹. Na Constituição é possível observar diversas disposições que confirmam a segurança jurídica em sentido estrito, ou legal, como o art. 5º, III, que garante o princípio da legalidade; XXXIX, princípio da legalidade penal; XXXL, princípio da irretroatividade da lei penal menos benéfica; art. 150, II, princípio da legalidade tributária, entre outros³⁰.

²⁸ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão.** Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008, p. 174.

²⁹ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão.** Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008, p. 174.

³⁰ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão.** Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008, p. 175.

Dessa forma, a segurança jurídica legal em sentido estrito é instrumento próprio da estabilidade, pois, mesmo que não impeça a modificação das leis, garante que os efeitos destas deverão ficar intactos durante sua vigência.

No entanto, mesmo no Estado positivista, o ordenamento jurídico é mutável. No sentido de proteger a confiança e certeza dos cidadãos nessas normas escritas de modo a garantir estabilidade o que, em outras palavras, pode ser chamado de segurança jurídica, o Estado cria métodos para sua manutenção. O principal deles são as cláusulas pétreas, que consagram um núcleo imutável de normas dentro da Constituição, consideradas essenciais e nem mesmo uma reforma constitucional é capaz de alterá-las.

O principal questionamento que pode ser levantado aos limites revisionais é quanto a legitimidade de forçar gerações futuras a projetos políticos que já não representam seu tempo. As alterações da realidade social impõem condições diferentes para se atingir justiça. Uma geração teria direito de vincular outra? Nenhuma Constituição evita a evolução dos processos históricos e, conseqüentemente, são interessantes as alterações constitucionais que devem acompanhar³¹.

Outra discussão acerca das espécies de segurança jurídica é a que se refere a problemática da coisa julgada. A coisa julgada é a resposta final dada pelo Judiciário a determinada questão concreta. Ela é frequentemente considerada uma expressão da segurança jurídica, a medida que representa uma determinação definitiva, impossível de alterações. Ela se relaciona intimamente com a segurança jurídica em sentido estrito, aquela que se refere a questão temporal das normas. Assim, o respeito à coisa julgada seria a não alteração de uma decisão judicial por razões de alteração de norma legal.

A ideia de segurança jurídica deve ser mais ampla que a preservação de direito adquirido ou coisa julgada, deve englobar também direitos ainda não adquiridos, mas que se encontram em vias de constituição através de uma discussão de caso concreto no Judiciário³². O cerne da questão é que uma discussão futura pode alterar o sentido de justiça de um caso, o que implicaria numa alteração da coisa julgada por razões de injustiça. Essa permissividade causa desconforto, pois altera a estabilidade preceituada pela segurança jurídica.

A questão da segurança se relaciona com a afirmação de promessas, é aquela esperança do cidadão de ter determinado resultado concretizado em razão de já ter visto como

³¹ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**. Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008, p. 180.

³² ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 143.

acontece em outro caso parecido ou por conhecer a legislação e a principiologia do direito. Visa proteger o cidadão contra alterações normativas muito radicais, de modo que ele possa ter uma expectativa de concretização de direitos.

O próprio respeito as formas processuais é evidencia de segurança jurídica³³: se o cidadão segue as regras de processo, conhece a lei, bem como a jurisprudência em casos parecidos, pode ter confiança quanto ao resultado e aí se tem segurança jurídica. Toda a construção da segurança no estado de direito segue no intuito de garantir estabilidade e previsibilidade no processo judicial.

Dessa forma, o principio da segurança jurídica é uma tradução do fenômeno da imobilidade, de modo a garantir que as relações jurídicas permaneçam estáticas no tempo.

O valor que pode ser retirado da segurança jurídica é o de permanência no tempo. Essa permanência é um bem a ser protegido pelo Estado de direito, pois reflete a confiança das pessoas na ordem jurídica; a permanência da regra no tempo constrói a confiança dos cidadãos no direito e no Estado de direito³⁴.

A confiança dos cidadãos em que os atos do poder publico que lhes dizem respeito ou lhes dão vantagem são atos regulares, previsíveis e praticados com a observância da lei é componente imprescindível do Estado de direito, que é um estado de confiança; confiança do cidadão na capacidade desse Estado garantir controle e paz.

No entanto, antes de seguir a diante, é necessário compreender o próprio Estado democrático de direito.

2.2 O Estado democrático de direito e o papel da segurança jurídica na sua manutenção

Com a organização da sociedade sob o jugo de um poder político, tem-se uma ordem jurídica que dispõe sobre regras de conduta. A princípio o poder estava organizado em regimes absolutistas, como resposta a descentralização do domínio exercida pelos senhores feudais. Este sistema de concentração de poder nas mãos do monarca acabou contrariando a burguesia, que via sua liberdade para a atividade comercial limitada.

³³ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 142.

³⁴ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005. Pág. 143.

Assim, como resposta, surge o constitucionalismo, um movimento político de combate ao absolutismo, que objetivava a criação de normas jurídicas obrigatórias para governados e governantes³⁵.

Esses ideais burgueses foram afirmados na Constituição americana de 1787 e na francesa de 1791, levando ao Estado liberal e a ideia de não intervenção estatal. Aí se tem propriamente o primeiro Estado de direito, uma ordem jurídica que se impõe a governantes e governados, garantindo direitos civis e políticos. A principal característica do Estado liberal de direito é a garantia dos direitos individuais³⁶.

Esse novo estado burguês deu os parâmetros para a Revolução Industrial, mas não se preocupou em proporcionar garantias a nova classe proletária. A luta por direitos dessa nova classe ocasionou o surgimento do Estado social de direito, em que o poder político intervém na economia fixando-se em garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, diminuindo as desigualdades.

O novo Estado tinha como objetivo conciliar os direitos de liberdade e os direitos sociais através de ações estatais positivas. A Constituição mexicana de 1917 e a alemã de 1919 foram as primeiras a caracterizar um Estado social de direito.

Na segunda metade do século XX também o Estado social se mostrou insuficiente para suprir as demandas sócias e a busca do equilíbrio entre os direitos individuais e sociais passou a ser tratada através do viés da democracia. Um Estado democrático poderia solucionar a questão do equilíbrio entre o liberalismo e a justiça social, levando em consideração os anseios do povo. Dessa forma, o Estado liberal de direito passou a ser o Estado social de direito para, por fim, chegar-se ao Estado social democrático de direito.

O Estado social democrático de direito diferencia-se do anterior pelo respeito à ordem democrática e a soberania popular, negando, assim, os regimes despóticos da primeira metade do século XX que, sob muitos aspectos, podiam ser considerados Estados sociais.

A constituição brasileira de 1988 estabelece que o Brasil é um Estado democrático de direito, omitindo o termo *social*. Tal percepção não acarreta a conclusão de que o Brasil protege apenas os direitos de liberdade, até porque o próprio preâmbulo já menciona o Estado democrático, sem menção ao *de direito*. Os direitos sociais estão garantidos na Constituição

³⁵ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**. Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008, p. 135.

³⁶ OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**. Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008, p. 136.

em diversos momentos e a omissão de um termo não deve causar prejuízos. Dessa forma, esse trabalho toma a mesma liberdade e se refere ao Estado social democrático de direito através de todos os seus epítetos.

Assim, o Estado democrático de direito é a organização política social e jurídica, em que cada um é submetido aos parâmetros da lei desde o cidadão comum até a maior autoridade pública. O propósito desse Estado de direito é garantir os direitos fundamentais e assim o faz através da representação política, da hierarquia das normas e da separação dos poderes.

Dessa forma, é possível perceber como a segurança está intrinsecamente ligada ao Estado de direito, pois o próprio Estado nasceu com o objetivo inicial de garanti-la. É o que afirma Canotilho:

(...) o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.³⁷

O Estado de direito surge para garantir a vida organizada em sociedade e minimizar os perigos de vida desorganizada. A maneira do Estado exercer esse controle é através da lei. Por isso o respeito à lei e as decisões advindas desse Estado são importante para a manutenção da segurança pública.

O homem precisa da segurança para conduzir sua vida, para ter um plano, um sentido. Por isso a segurança jurídica é um elemento constitutivo do Estado de direito e também objetivo principal desse Estado, pois ela vai proporcionar o controle de forma que este consiga manter a segurança pública.

Como já visto, o Estado de direito nasceu com o Estado liberal, em que a ordem jurídica positiva seria impositivas para todos, opondo-se ao absolutismo. Dessa forma, é possível perceber a importância desse conjunto de normas positivadas para o funcionamento do Estado de direito.

A segurança jurídica como fundamento do próprio Estado de direito pode ser percebida na doutrina e na jurisprudência a medida que tomam como parâmetro a ideia de que todos os sujeitos da vida pública, desde o cidadão até o maior órgão estatal, devem respeitar o princípio da legalidade. Da mesma forma, a presunção de que os atos do Poder Público são evitados de boa-fé e razoabilidade, de modo a garantir estabilidade é evidência da manutenção da ideia de um sistema de segurança.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2009, p. 252.

No entanto, o maior indicativo do interesse da interseção entre segurança jurídica e Estado de direito está na preocupação de todos os poderes em manter a durabilidade das normas, a estabilidade da ordem vigente, o que é evidenciado no respeito precípua à anterioridade das leis em relação aos fatos e na conservação de direitos diante de nova legislação.

Da mesma maneira em relação a segurança jurídica em sentido amplo. É parte do trabalho da doutrina e da jurisprudência evidenciar a questão da previsibilidade de comportamentos dentro do Estado de direito. Tanto a conduta do cidadão em relação ao acesso à justiça quanto suas expectativas de comportamento dos magistrados são mostradas como evidência da segurança dentro do Estado de direito, segurança transmutada de segurança jurídica.

O que importa perceber, no entanto, é que a compreensão de uma segurança jurídica no seu aspecto material, em oposição ao aspecto formal, impõe um sentido de relativização em nome da justiça social, especialmente dentro dos parâmetros do Estado social democrático. A medida que se tem um aspecto social dentro dos objetivos do Estado de direito é necessário se preocupar com o bem comum. Assim, no Estado social democrático segurança e justiça são elementos que devem caminhar sempre juntos.

No entanto, o Estado se vê na posição de depender da estabilidade da ordem jurídica, pois essa estabilidade é a representação da segurança para a qual foi criado. Não haveria o sentimento de confiança dos cidadãos no poder soberano se as regras mudassem constantemente. Do ponto de vista do Estado de direito, em termos pragmáticos, dessa forma, o direito é mais interessado não em fazer justiça, mas em satisfazer a necessidade popular de sentir segurança e certeza na vida social.

A segurança jurídica é uma nota determinante no Estado de direito, traz a consagração da razão, o rompimento com o governo divino que se deu com o absolutismo. Se o jusnaturalismo teorizou acerca da segurança pública, a formação de Estados de direito institucionalizou a segurança jurídica.

Importante ainda refletir que o Estado de direito tem o controle através do direito e este direito se mantém através da confiança. A ideia então de imobilidade e de previsibilidade de decisão judicial é imprescindível para o Estado manter controle. O cidadão tem que acreditar que pode prever o que vai acontecer, de modo a ter confiança no Estado e no direito e, assim, o Estado vai ter controle. Por isso a dificuldade em se admitir ruptura.

A função do poder político é garantir um mínimo de estabilidade dentro da organização em sociedade. A segurança, então, converte-se no conceito social mais importante dentro da sociedade civil, pois é a tradução do equilíbrio da vida organizada através da soberania do poder político³⁸.

O problema é que as relações jurídicas oscilam entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre segurança jurídica e inovação.

No entanto, qualquer grande ruptura dentro dos parâmetros usuais da sociedade pode levar ao caos³⁹. A admissão de insegurança no Estado de direito seria uma ruptura que levaria ao caos. O que é interessante perceber, no entanto, é que boa parte das categorias de direito podem ser relativizadas e a segurança jurídica não é exceção. Trata-se de uma categoria que deve ser compreendida como uma metáfora pra garantir o funcionamento do Estado, sem pretensões de universalização.

O Estado de direito precisa do instituto da segurança jurídica para funcionar, pois sem segurança não há confiança no Estado e, com isso, não há controle. Mas o processo da vida e da transformação da vida em sociedade ensina que é impossível manter essa estabilidade e imobilidade em termos absolutos.

Nesses termos, Jerome Frank, teórico realista do direito, promove algumas observações que podem servir para explicar a relação entre a necessidade do Estado de manter previsibilidade e imutabilidade e a necessidade de mudanças e subjetividade no processo judicial.

3. JEROME FRANK E A INCERTEZA NO DIREITO: O MITO DA SEGURANÇA

O próprio senso comum mantém postura de suspeita em relação à segurança jurídica. Ernst Bloch discorreu sobre isso quando explicou sobre o que ele chama de *sentimento jurídico*, aquela situação em que o demandante entende que seu fundamento de acusação ou defesa é fraco, mas resolve insistir, pois, em seu íntimo, compreende que a decisão judicial

³⁸ CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad**: la ciudad biopolítica. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010, p. 104.

³⁹ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires, Centro Editor da America Latina: 1968, p. 48.

pode reverter-se em seu favor⁴⁰. Em outras palavras, não é absolutamente seguro o resultado de um processo jurídico e essa premissa está incutida no imaginário do homem comum. Por mais justo que determinado resultado possa parecer não há que se dizer com certeza qual caminho será tomado pelo julgador.

Essa percepção de Bloch é a tradução de um sentimento coletivo que, indiretamente, nega os parâmetros da segurança jurídica. O senso comum, através da experiência do direito no dia a dia não confirma o sentimento de estabilidade que o princípio da segurança jurídica tenta impor.

O direito funciona tentando conciliar a estabilidade imposta pela segurança jurídica e as mudanças próprias da evolução social. Não há que se falar em imutabilidade absoluta. Assim sendo, o direito é governado pela lógica das probabilidades, então ele é incerto, indefinido⁴¹.

Jerome Frank, teórico realista do direito, chama de mito básico legal a noção que o direito pode ser certo e estático. Ele tinha influência da psicanálise freudiana e se dispõe a entender a necessidade de acreditar num mundo de estabilidade e certeza a partir da psique. Nota-se que essas observações não se distanciam das explicações já estabelecidas acerca da relação entre segurança jurídica e Estado de direito.

Uma explicação para o chamado “mito básico legal” de Frank está na maneira que a criança recebe as influências do mundo desde o nascimento. Para Frank a criança a partir do parto começa a conhecer o medo, a enfrentar o desconhecido e as mudanças constantes que seguem o nascimento. Ela, como resposta, passa a lutar para alcançar a serenidade de antes do parto. A resposta da criança para esses novos fatores é o apetite por conforto, paz e proteção. Ela deseja retornar para um mundo de estabilidade e controle.

A criança passa, então, a satisfazer esse apetite por serenidade, conforto e paz na figura onipotente e infalível do pai. O pai representa a estabilidade e a serenidade que a criança conheceu no útero. Com o avançar dos anos os homens adultos ainda são vítimas do desejo infantil de serenidade. Eles ainda almejam um mundo em que estão livres da sorte, do indefinido ou do arbitrário. No entanto, inevitavelmente, percebem a falibilidade paterna e ficam carentes de um mecanismo que proporcione a tencionada serenidade, por isso recorrem aos *father-substitutes*, ou substitutos do pai.

⁴⁰ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 55.

⁴¹ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 7.

Dessa forma, o que era pra ser uma maneira de sobreviver, a proteção do pai, transformou-se num objetivo de vida. O direito é o maior *father substitute*, de acordo com Frank. Seus comandos parecem trazer ordem, estabilidade e autoridade, as mesmas características que a criança procura no pai. Assim, o homem busca no direito a certeza que preenche uma necessidade infantil de autoridade paterna.

A partir da construção do conceito desse mito legal, Frank trabalha várias justificativas e confirmações para a ideia de incerteza no direito.

Para ele, uma das maiores dificuldades do direito em manter estabilidade está na questão dos fatos. A parte mais importante do processo se dá na 1ª fase, ainda na 1ª instância, em que se discute os fatos.

Seguindo as ideias deixadas por Holmes⁴², o direito é uma predição de uma possível reação do Estado em relação a uma conduta de um agente. A personificação do Estado nos casos concretos se dá na figura do magistrado, bem como a reação do Estado vai se dar em relação aos fatos tomados no processo ainda na primeira fase.

Assim, se o direito é predição de um comportamento humano, é preciso levar em conta os fatores psicológicos que atuam sobre esse comportamento. A lógica das decisões passadas e a legislação escrita não são os únicos condicionantes da decisão. Da mesma forma as influências sociais, econômicas e políticas dos juízes também o são⁴³.

O que Frank argumenta é que os litígios não surgem porque as partes não concordam com o significado da norma, mas porque divergem sobre os fatos. Todos podem concordar que diante de um fato X se aplica a norma Y, mas a discussão no início do processo gira em torno de o fato X ter acontecido ou não. O trabalho do magistrado nesse momento é determinar, diante das evidências, quais foram os fatos. Afinal, o fato X aconteceu? Sob quais circunstâncias?

No entanto, a determinação dos fatos se dá de acordo com a vontade do juiz, de acordo com os referidos aspectos sociais, econômicos e psicológicos que determinam a conduta de qualquer indivíduo.

⁴² Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte americana e um dos precursores do realismo jurídico.

⁴³ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p.12.

Não há qualquer segurança de que essa crença do juiz sobre os fatos seja exatamente o que aconteceu. A admissão dos fatos é um processo subjetivo que sofre a mercê das partes envolvidas, tais como juízes, peritos, testemunhas etc⁴⁴.

Em outras palavras, uma série de subjetivismos molda o relato dos fatos e cabe ao juiz, de acordo com suas próprias crenças pessoais, determinar o que vai considerar verdadeiro. Assim, os fatos tomados no processo não são necessariamente os fatos reais, são a crença do magistrado sobre os fatos⁴⁵.

Sendo assim, o resultado do processo depende inteiramente de um processo interpretativo do juiz. Desse modo, não se pode falar em certeza no direito a medida que não se pode adivinhar com segurança qual a interpretação de um indivíduo acerca dos fatos que o entornam. O direito não se faz, então, com direito, mas com os fatos. No entanto, nas palavras de Frank, “*facts are guesses*”, ou fatos são suposições, afastando, assim, a ideia de certeza dentro da ação judicial⁴⁶.

Importante mencionar que, apesar dessas observações, Frank admitia ainda regularidade nas decisões judiciais. Apesar da incerteza no direito, existem determinantes sociais que governam a decisão. É algo da experiência do direito observar certa uniformidade nas decisões. Essa uniformidade pode ser determinada refletindo sobre as forças sociais que agem sobre o tomador de decisões⁴⁷.

São os chamados *standards* de valor de vigência coletiva que definem a decisão judicial⁴⁸. O exercício da sua função e a busca do sentimento de pertencimento social inibe o juiz de tomar decisões que são peculiares a si mesmo, portanto ele faz o que é esperado socialmente.

Com esse raciocínio, Frank ao mesmo tempo prova a incerteza do direito, pois esse é vulnerável à interpretação da situação pelo magistrado, e admite que ainda sim é possível encontrar uniformidade na jurisprudência, o que seria indicativo de segurança jurídica.

Assim, tem-se que a segurança jurídica, fenômeno imprescindível para manutenção do Estado de direito, como já estabelecido, cumpre seu papel social sem realmente existir em

⁴⁴ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 27.

⁴⁵ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 26.

⁴⁶ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 14.

⁴⁷ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 33.

⁴⁸ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 35.

absoluto. Ela é evidenciada através uniformização dos *standards* de valor de vigência coletiva e por isso a sociedade pode acreditar nessa segurança, ratificando o direito e proporcionando ao Estado os instrumentos para manter a ordem. No entanto, essa certeza absoluta não existe de fato, pois o direito depende da interpretação do magistrado acerca das situações concretas que se apresentam.

Na verdade, o que Frank entende é que a ideia de certeza é algo mais procurado, almejado que realmente necessário na vida prática. Ele questiona a necessidade de se acreditar numa legislação previamente posta que seja imutável, certa e segura. Por que qualquer pessoa precisa de antemão se preocupar com o que está posto na lei? Do ponto de vista prático, que diferença faz uma lei para um cidadão se ele não está precisando dela⁴⁹?

Quando uma pessoa se casa ou entra numa sociedade ou compra uma terra ele tem uma prospecção vaga de que algum dia a lei vai precisar reger aquela situação e provavelmente pouco sabe sobre essa legislação. Ele não conhece realmente a lei, ele não sabe exatamente qual a previsão pra todas aquelas situações que aparecem durante sua vida. Assim, uma lei da qual ele não tem conhecimento é o mesmo que se a lei não existisse. Então a insegurança jurídica tem pouca importância em assuntos práticos. Se essa lei mudou ou não mudou no tempo ou como foram os outros casos em que a mesma lei foi aplicada – compondo assim os elementos da segurança jurídica - não faz diferença para o cidadão. Para o sujeito de direito só importa como seu caso vai ser resolvido⁵⁰.

Então a demanda por certeza não nasce de uma necessidade real, mas de uma busca por algo ideal, algo que ratifique o uso legítimo da força do Estado para garantir ordem. A ideia de certeza é uma busca imposta pelo ordenamento, não uma necessidade, e deve ser classificada como ilusão ou mito⁵¹. É uma narrativa simbólica que explica e defende o funcionamento do direito e da organização do Estado. O mito da segurança justifica a criação e manutenção do direito e proporciona ao Estado as ferramentas para manutenção da ordem.

Nota-se que essas considerações de Frank voltadas para a ordem prática da segurança jurídica refletem a influência do pragmatismo filosófico no realismo jurídico. O pragmatismo é a medida exata, enquanto provável, entre idealismo e materialismo, se propondo a analisar ceticamente as experiências e daí tirar conclusões que promovem uma compreensão clara da realidade.

⁴⁹ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

⁵⁰ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

⁵¹ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 12.

Essas concepções pragmatistas estão intimamente relacionados a utilidade, pois o pragmatismo é uma filosofia de resultados⁵². Os conceitos buscados são definidos como verdades através da experimentação. Se algo não é passível de experimento ou não produz resultados práticos, não existirá, não será real. Em suma, só é verdadeiro aquilo que traz consequências práticas. É o que defende Peirce quando diz que

“Para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas consequências
53
constituirá o sentido total da concepção.”

O pragmatismo preocupa-se com o processo do conhecimento das ideias através dos efeitos práticos constatados da experimentação da tese. Se não há consequências práticas, a ideia é falsa.

Dessa forma, os teóricos realistas aprenderam a questionar a racionalidade cartesiana da segurança jurídica, colocando-a a prova através da experimentação. O resultado do teste da experiência para esses estudiosos do direito, como se verá a seguir, tem sido no sentido de negar a certeza absoluta na manipulação do direito. O método pragmático, assim, permite a admissão de que o direito é, na verdade, eivado de incertezas.

Essas incertezas, no entanto, não necessariamente prejudicam o direito e o próprio Estado de direito. O que esses teóricos fazem é permitir uma negação proporcionada pela experiência que ainda sim encaixa-se dentro dos parâmetros do Estado. Admitir a incerteza no direito, fragilizando o conceito da segurança jurídica, é uma mera observação da realidade sem nenhuma pretensão prescritiva de pôr fim ao referido princípio. O que essa observação realista do direito proporciona é um diagnóstico da realidade jurídica.

O diagnóstico da impossibilidade de previsibilidade e imutabilidade no direito ainda é compatível com o princípio da segurança jurídica a medida que se admite que esse princípio é uma necessidade do Estado de direito para manter a ordem social, sem que, no entanto, precise mesmo existir para esse objetivo. O importante é perceber que é a própria confiança da sociedade no Estado que permite a manutenção ordem. Essa confiança é viabilizada pela

⁵² Essa busca de resultados, no entanto, diferencia-se da busca de resultados do utilitarismo. Os utilitaristas acreditam na avaliação de resultados práticos, mas a análise da concretização das verdades utilitaristas se dá para satisfazer seu hedonismo, isto é, eles tentam descobrir os resultados para entender se trazem a felicidade de muitos e se estão desvinculados de dor. Dessa forma, a busca do resultado final para o utilitarismo serve para determinar a concepção moral.

segurança jurídica, que garante a estabilidade do direito, o instrumento que dá os parâmetros para o Estado agir e, assim, através do uso da força, manter a ordem e a segurança pública. A confiança na própria segurança jurídica, como já visto, se dá em razão dos *standards* sociais que inspiram uniformização judicial.

Então, o importante para o Estado é a confiança da sociedade no direito e no próprio Estado, confiança mantida através da segurança jurídica. Se ela realmente existe é menos importante. A preocupação da existência na prática da segurança jurídica é um fenômeno pragmático realista de pouco significado para a ordem positivada, que proporciona os termos para a crença da manutenção da segurança e, assim, da ordem pública.

CONCLUSÃO

A segurança jurídica é um princípio basilar do direito a medida que é herança da filosofia jusnaturalista que fundamenta a criação dos Estados modernos. O Estado é criado para garantir a ordem, a paz social. Assim o faz através do direito, que dá os parâmetros do certo e errado dentro da sociedade. Para que o Estado possa manter esse controle tem-se a segurança jurídica, que promove a manutenção da estabilidade e imutabilidade do direito.

Dessa forma, referido princípio é um dos mais importantes para a ordem social, pois é ferramenta do Estado para exercer seu poder através do direito. No entanto, ao observar o direito na prática é possível perceber que os termos de previsibilidade e imutabilidade absolutos da segurança jurídica nem sempre são concretizados.

Jerome Frank desenvolve a ideia de que o direito é regido pela incerteza, a medida que a decisão judicial é uma decisão subjetiva do magistrado em relação aos fatos que ele acredita serem verdadeiros. Para ele, a necessidade de se acreditar num mundo regido pela certeza é sintoma de uma necessidade infantil de autoridade. O indivíduo encontra no direito o mais perfeito *father substitute*, preenchendo assim uma lacuna de autoridade que antes o fazia sentir seguro, mas foi perdida - a autoridade paterna.

Frank discute ainda a própria necessidade prática da segurança jurídica para indivíduos particulares. Para ele, a questão da segurança é algo para muito mais almejado que, de fato, necessário. O cidadão se relaciona no seu dia a dia sem se preocupar com as especificidades da legislação que se aplica ao caso. Para ele basta saber que tal legislação existe. Assim, se a lei muda ou a jurisprudência se altera com regularidade não faz diferença individualmente. O que importa para o indivíduo é qual a decisão naquela sua ação judicial

em particular. Desse modo, a percepção distanciada de uma legislação possível para proteção em determinado caso, bem a vaga noção do aparelho do Poder Judiciário são suficientes para manter a confiança dos cidadãos que permite ao Estado manter a ordem.

Da mesma maneira, o princípio da segurança jurídica é afirmado através do que Frank chama de *standard* de valor de vigência coletiva, que é a consciência individual do que é esperado na sociedade, de maneira que promove uma uniformidade nos julgamentos dos magistrados.

Assim, com essa uniformização, bem como a confiança inspirada pela legislação posta, tem-se a promoção do princípio da segurança jurídica, o que permite o controle e manutenção da ordem pelo Estado de direito.

Essas observações, portanto, ao mesmo tempo que afirmam a incerteza no direito, negando, assim, a segurança jurídica, também admitem a sua importância, presença e funcionalidade para o Estado de direito.

Dessa forma, o Estado de direito existe para garantir a ordem, a paz e a vida, ou seja, segurança pública. O artifício através do qual ele pode assegurar referidas garantias é a legislação e a imposição do respeito às normas escritas, o que se traduz no princípio da segurança jurídica. Assim, a manutenção das leis é relevante por uma questão de segurança pública. No entanto, é realmente possível perceber os termos de previsibilidade e imutabilidade da segurança jurídica na manipulação do direito?

A hipótese inicial deste trabalho foi de que o discurso da segurança jurídica serve ao Estado à medida que promove os recursos para garantir a ordem social, no entanto, os seus termos de previsibilidade e imutabilidade não se confirmam na experiência do direito no dia a dia, pois este é regido pela incerteza.

Nesse diapasão, com as observações trazidas através do referencial de Jerome Frank e dos comentários postos é possível concluir que a hipótese inicial se confirma, pois foram demonstradas ambas a interdependência da segurança jurídica e do Estado de direito e as dificuldades que ensejam a admissão da incerteza no direito.

Referências Bibliográficas:

AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 20/02/2014.

ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. Malheiros: 2005.

BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2009.

CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad: la ciudad biopolítica**. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973.

FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008.

OLIVEIRA, Aline Lima de. **A limitação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no Brasil: uma análise da influência dos modelos norte-americano, austríaco e alemão**. Porto Alegre, EdiPUCRS: 2008.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998.

STRAUSS, Leo. I: Sobre la Política de Aristoteles. II: Sobre la Republica de Platón. In: _____. **La ciudad y el hombre**. Trad. Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006.