

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA

KARINE SALGADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria e filosofia do Estado [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Jose Luis Bolzan De Moraes, Leonardo da Rocha de Souza, Karine Salgado – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-134-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do Estado. 3. Filosofia do Estado. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

CONPEDI 2015-MG

TEORIA E FILOSOFIA DO ESTADO

PREFÁCIO

Os livros que abordam Teoria e Filosofia do Estado têm o grande desafio de enfrentar questões teóricas, relacioná-las a questões práticas e realizar propostas de avanços ou de soluções para os problemas enfrentados. Tudo isso nem sempre atingido. O livro que organizamos a partir dos trabalhos selecionados e apresentados no GT CONPEDI Teoria e Filosofia do Estado -, e ora apresentamos, pretende dar conta de tudo isso.

Dos textos apresentados, percebemos uma grande preocupação nas discussões sobre os tipos de Estado. Nessa temática, um dos textos deste livro trata do Estado de Bem-Estar Social, com uma análise das suas origens até os dias atuais. Outros cinco textos abordam o Estado de Direito, relacionando esse tema à esfera pública, à soberania e à pós-modernidade, além de analisar sua evolução histórica e as relações de poder presentes nesse projeto, sempre inacabado.

O livro também conta com trabalhos relacionados à soberania dos Estados e suas relações transnacionais. São textos que estudam: a relativização da soberania quando necessária para garantir a proteção ambiental, os desafios da nação na globalização, bem como os exércitos privados e os diplomatas independentes em uma realidade cosmopolita.

Outro bloco de artigos se preocupou com temas que envolvem a Constituição e a democracia. São propostas de reconstrução da teoria deliberativa, da relação entre democracia e Estado na América Latina, e entre democracia e crise, bem como sobre os fundamentos da representação política. Além desses temas, dois trabalhos abordaram o novo constitucionalismo na América Latina, um deles envolvendo o surgimento do Estado Plurinacional e outro estudando a busca pela libertação da diversidade.

Três outros trabalhos apresentaram temas relacionados à federação, um deles mais teórico, voltado à jurisdição constitucional, e dois abordando a autonomia e as atribuições dos Municípios no modelo federativo brasileiro.

Por fim, tivemos textos com temas mais diversificados, tratando de: separação de poderes e função judiciária, natureza humana e origens do Estado, direito de resistência, servidão voluntária e a questão das massas, concepções de justiça, humanismo e segurança jurídica.

Percebemos, assim, com os trabalhos constantes neste livro, a riqueza de temas e de abordagens que podem ser feitas quando se estuda a Teoria e a Filosofia do Estado. Aqui se apresentam as grandes dificuldades e os imensos desafios para aqueles que se dedicam a (re) pensar as circunstâncias que envolvem as instituições político-jurídicas, em particular na sua expressão moderna, projetando-as para o futuro. Um futuro incerto que nos leva a termos presente a necessidade de revisitar o conhecimento jurídico para que possamos dar conta dos dilemas que incidem nas experiências da modernidade.

Uma boa leitura a todos!

Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes - UNISINOS

Prof.^a Dra. Karine Salgado - UFMG

Prof. Dr. Leonardo da Rocha de Souza - UCS

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: DA SUA ORIGEM À DESCONSTRUÇÃO

LEGAL CERTAINTY PRINCIPLE: FROM ITS ORIGINS TO DECONSTRUCTION

Maria Cristina Paiva Santiago
Manuela Braga Fernandes

Resumo

O princípio da segurança jurídica é um dos mais fundamentais para o Estado de direito. Ele é colocado no ordenamento jurídico como regra basilar para o funcionamento do Estado. Essa tradição vem da herança jusnaturalista, que justifica a organização em Estados com poder central na necessidade de legislar e, com isso, manter-se a ordem social, ou segurança pública. Dessa forma, surge a necessidade de manutenção da legislação, traduzida no princípio da segurança jurídica. Portanto, referido princípio é tomado pelo Estado como prerrogativa para manutenção da própria ordem social. Com essas considerações é possível entender a importância da segurança jurídica para o Estado e a sociedade. O princípio é, por definição, a percepção de previsibilidade e imutabilidade das relações de direito. No entanto, é mesmo possível perceber tais prerrogativas em termos absolutos na manipulação do direito? Não seria a segurança jurídica uma ferramenta retórica do discurso jurídica mais propriamente concreto? A hipótese inicial do trabalho é que, antes de concretizável, o princípio é ferramenta fundante do Estado e peça essencial para a manutenção da ordem.

Palavras-chave: Direito natural, Segurança jurídica, Estado de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The legal certainty principle is one of the most fundamental principles to the State of law. It is put on the legal order a basic rule for the functioning of the State. This tradition comes from the natural law that justifies the organization is States with a central power in the need to legislate and, with that, maintaining of social order or public security. So, with that, comes the need to maintain the legislation, translated in the legal certainty principle. Therefore, this principle is taken by the State as a prerogative of social order itself. With those considerations it is possible to understand the importance of legal certainty to the State and society. The principle is, by definition, the perception of foreseeability and immutability in legal relations. However, is it really possible to obtain such prerogatives in absolute terms? Legal certainty wouldnt work as rhetorical tool in legal speech more than something concrete? The initial hypothesis in this work is that, more than something tangible, legal certainty é founding peace to the State and essential to maintaining the order.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Natural law, Legal certainty, State of law

INTRODUÇÃO

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 direito¹. Ele reserva para a segurança jurídica a posição de regra fundamental, associando-a a noções de paz, ordem e certeza jurídica.

Locke, um dos principais filósofos jusnaturalistas, acredita 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, construído a justificção para a formação dos Estados, que resultou, hoje, no nosso modelo de Estado democrático de direito.

Importante perceber, portanto, que a forma que o soberano tem para garantir segurança e paz, uma vez investido do poder de todos, é a lei. Formado o 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.

A segurança pública é uma necessidade do indivíduo. Por isso, para conquistar a segurança pública é necessário segurança jurídica e a confiança do cidadão no Estado que a segurança jurídica proporciona. Dessa forma, a segurança jurídica ao mesmo tempo em que,

¹ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005, p. 125.

indiretamente, garante a segurança pública também garante a confiança no Estado, o que permite a este manter a paz através do direito. Percebe-se então a relação aproximada entre segurança, Estado e segurança jurídica.

Como já visto, o Estado de direito nasceu com o Estado liberal, em que a ordem jurídica positiva seria imposta 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.

No entanto, este trabalho procura manter-se focado na realidade fática para compreender o direito e suas finalidades. Assim fazendo pode aperfeiçoar essa técnica de soluções de conflitos, que nada mais é que uma ferramenta de trabalho para juristas. A admissão de certos limites ao princípio da segurança jurídica se arraiga na preocupação de que ele possa transformar o direito e a interpretação da norma menos num processo de descobrimento dos paradigmas da lei e mais num instrumento de justificação do direito e do poder que possui

Assim, tem-se definido o problema do trabalho na questão do papel do princípio da segurança jurídica para o Estado de direito e questionando se é mesmo possível perceber prerrogativas de imutabilidade e previsibilidade na ordem judicial ou se não seria uma ferramenta retórica do discurso judicial?

A hipótese proposta é de que o princípio da segurança jurídica é ferramenta fundante do Estado e peça essencial para que possa manter a ordem, sem, portanto, concretizar-se efetivamente.

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 Moderna². Hobbes, Locke e Rousseau discutiam eminentemente questões de direito público, entrando na problemática da necessidade de segurança pública, como se verá.

² BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 14.

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 nascem a partir das ideias do jusnaturalismo.

O que se tinha na filosofia clássica grega era uma ciência do provável, a que se chegava através da interpretação³. 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 natureza⁴.

O direito natural, especialmente o de Hobbes, tem o comportamento humano como cerne da questão⁵, 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 essa comunhão de ideias que interessa o 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, já formulava a ideia de que o Estado foi constituído por um contrato firmado entre indivíduos livres e iguais⁶. 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

³ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 20.

⁴ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 22.

⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 85.

⁶ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 66.

mais um pacto de não prejudicar ou ser prejudicado pelo outro, de modo a não afetar o equilíbrio do espaço em volta⁷.

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 abstração⁸. 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 ilimitada⁹, 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 esse trabalho é que essa proteção se dá através da lei e a segurança do contrato social evolui para o que 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 da liberdade. Por segurança, os indivíduos cedem parte de seu poder. Esse poder, para Hobbes, é o que mais tarde vai ser chamado de direitos¹⁰. Quando todos renunciam o poder o concedem a um único indivíduo, o soberano. Esse soberano é o titular do 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.

⁷ EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995, p. 97.

⁸ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 50.

⁹ POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998, p. 131.

¹⁰ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 119.

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

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 entende a ideia intrínseca entre segurança e política. O Estado precisa se fazer consciente de duas ideias fundamentais para os cidadãos, 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 precisa proteger o povo de si mesmo, controlando seus apetites destrutivos¹².

Essas ideias fazem correspondência com a vertente absolutista do teórico, mas ainda sim é possível perceber valor na ideia de que o controle do Estado soberano sobre seus cidadãos se dá através da legislação e, mais ainda posteriormente, do respeito dos indivíduos a essa legislação. Dessa forma, a criação de uma cultura de respeito à lei 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 do contrato social. Acreditava que não se podia abdicar da liberdade individual, o que o contrato fazia era promover uma associação de pessoas que se defendiam e protegiam. Em primeiro lugar, o contrato deveria ser voluntário, em segundo, deveria haver uma conexão direta entre o indivíduo e soberano. Um 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 geral¹³.

Nesses termos, o indivíduo 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 popular¹⁴. 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

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

¹³ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 141.

¹⁴ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 142.

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 colocado¹⁵.

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 povo¹⁶. 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 numa monarquia constitucional representativa¹⁷. Dessa forma, o contrato social para Locke era uma cessão de parte da liberdade dos indivíduos em favor de um soberano, que agiria representando o interesse de 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 e paz, uma vez investido do poder de todos, é a lei. Formado o 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.

¹⁵ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 71.

¹⁶ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 75.

¹⁷ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 86.

Para Kant¹⁸, 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 absolutas¹⁹, 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 promotora 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 promotores de segurança. O que se observa no Estado Democrático de Direito é essa mesma segurança jurídica como justificação da vida em paz na 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 promovia²⁰. 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 guerra²¹. 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

¹⁸ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008, p. 10.

¹⁹ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008, p. 11.

²⁰ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 52-57.

²¹ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 56.

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 justiça²². 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 Glaucón 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 para sociedade civil se dá pelo desejo de preservar a vida²³. Seu estado de natureza era a guerra de todos contra todos, a sociedade civil representava a seguridade dos indivíduos. A necessidade da saída do estado de natureza estava exatamente na promoção de segurança que se teria a partir da instituição de um poder político, um Estado soberano.

Para Hobbes 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 justo²⁴, por isso Hobbes repudiava a *common law*²⁵.

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 buscavam 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

²² 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.

²³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 98.

²⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 91.

²⁵ BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 92.

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 e quais os parâmetros do Estado democrático de direito.

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 princípio da segurança jurídica é ferramenta fundante do estado e peça essencial para que possa manter a ordem, 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 discutiu acerca da origem, dos paradigmas e das consequências do princípio da segurança jurídica, mas que vem a ser exatamente?

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.

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 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 mais técnico da lei positivada. 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 que se pode chamar de viés jurisprudencial proporciona ao cidadão o conforto de que, estudando a norma escrita, a principiologia do direito e os casos similares o cidadão pode 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, questão de garantir o aspecto material da norma jurídica, no sentido de efetivar os direitos fundamentais do homem a partir de um

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

sentimento de previsibilidade²⁸. Não depende necessariamente apenas 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 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.

Dessa forma, a segurança jurídica legal ou 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.

Canotilho concorda com a definição trazida de segurança jurídica como sinônimo de estabilidade e previsibilidade. Da mesma forma, aproxima o significado da estabilidade da segurança jurídica com seu sentido estrito ou legal a medida que diz que a estabilidade está na não modificação arbitrária da legislação, sendo permitido apenas quando houver um pressuposto relevante. Da mesma forma, afirma que a previsibilidade da segurança jurídica está no sentido amplo ou jurisprudencial desse princípio. A exigência de calculabilidade ou de predição da decisão, ou mesmo previsibilidade, garante um sistema com segurança jurídica³¹.

Nesses termos, 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 pois nem mesmo uma reforma constitucional é capaz de alterá-las.

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.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

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 acompanhar³².

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 partir daí já se pode apontar um primeiro problema na concretização do princípio da segurança jurídica quando o Judiciário brasileiro já permite a relativização da coisa julgada. É o caso, por exemplo, das investigações de paternidade que foram revisitadas, mesmo transitadas em julgado, com o advento dos exames de DNA. O fundamento do STF ao permitir reaberturas de processos dessa natureza é de que a coisa julgada não pode se sobrepor ao direito individual de conhecer suas origens³³. Nota-se assim que a coisa julgada, representativa da segurança jurídica, pode ser institucionalmente desconsiderada em favor de uma necessidade concreta subjetiva que aparece na manipulação do direito.

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 Judiciário³⁴. 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

³² 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.

³³ Revista Consultor Jurídico (2011). “**Teste de DNA reabre discussão sobre paternidade**”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-02/stf-relativiza-coisa-julgada-permite-acao-investigacao-paternidade>>

³⁴ 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 jurídica³⁵: 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 princípio 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 algo 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 direito³⁶.

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 de 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 poder exercido 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.

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

³⁵ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 142.

³⁶ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005, pág. 143.

governados e governantes³⁷. O constitucionalismo foi a técnica encontrada pela burguesia para assegurar o exercício dos seus direitos individuais impondo ao Estado limites e garantindo a inviolabilidade³⁸.

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 individuais³⁹.

Esse novo estado burguês deu os parâmetros para a Revolução Industrial, surgindo a partir daí a relação de emprego dentro do capitalismo industrial. A exploração do trabalho passa então uma consciência social. O trabalho concentrado dentro de um mesmo ambiente construiu uma solidariedade coletiva que se desdobra em organizações reivindicatórias de direitos sociais. Assim, o sindicalismo acaba pressionando o liberalismo no plano econômico e social descobre-se coagido a programar garantias sociais, incorporando a voz dos trabalhadores na legislação⁴⁰. A luta por direitos dessa nova classe ocasiona, então, o surgimento do Estado social de direito, em que o poder político intervém na economia fixando-se em garantia de direito econômicos, sociais e culturais e 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 sociais e, em razão da desregulamentação financeira e a busca do equilíbrio entre os direitos individuais e sociais, passou a ser tratada através do viés da democracia. Aprimorando o conceito de Estado interventor e garantidor de direitos trabalhistas e sociais, tem-se a ideia de que o cidadão é o mais legitimado para agir e conduzir seus interesses. Assim, um Estado fundado na democracia poderia admitir o pluralismo

³⁷ 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.

³⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, vol.1**. Brasília, Ed. UNB, 11ªed, 1998, pág. 258.

³⁹ 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.

⁴⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo, Ed. LTR, 2012, 36.

participativo e o reconhecimento universal de direitos que a nova ordem pós-guerra demanda⁴¹. 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, culminar no 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 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 poderes⁴².

Entre os direitos fundamentais mais lembrados tem-se o direito a paz, a ordem e a dignidade. 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 atingir segurança e vive para garanti-la. É o que afirma Canotilho:

(...) o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente 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.⁴³

⁴¹ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo, Ed. LTR, 2012, p. 37.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo, Ed. LTR, 2012, p. 45.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2009, p. 252.

Assim, como afirma Canotilho, tem-se que a segurança pública é uma necessidade do indivíduo. Por isso, para conquistar a segurança pública é necessário segurança jurídica e a confiança do cidadão no Estado que a segurança jurídica proporciona. Dessa forma, a segurança jurídica ao mesmo tempo em que, indiretamente, garante a segurança pública também garante a confiança no Estado, o que permite a este manter a paz através do direito. Percebe-se então a relação aproximada entre segurança, Estado e segurança jurídica.

Como já visto, o Estado de direito nasceu com o Estado liberal, em que a ordem jurídica positiva seria imposta 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.

No entanto, o maior indicativo 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. A evidência está 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. As expectativas dos cidadãos em relação ao comportamento dos magistrados são uma tarefa a ser realizada pelos operadores do direito no dia a dia e a unicidade que vem a ser criada é 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.

O Estado democrático de direito assume a segurança jurídica enquanto fundamento do próprio Estado, mas também legitima os conflitos sociais em razão da sua natureza

democrática, o que prevê participação cidadã. Assim, movimentos populares, sindicatos e associações devem ter espaço, pois o Estado não é autoritário⁴⁴. Essas observações permite concluir que O Estado, portanto, deve ser aberto a alterações e evoluções do regramento de modo a satisfazer as necessidades sociais.

No entanto, o Estado em razão do seu próprio fundamento de existência valoriza a estabilidade da ordem jurídica muitas vezes em detrimento da equidade no caso concreto. Não haveria confiança dos cidadãos no poder soberano se as regras mudassem constantemente. Sem confiança no Estado e nas regras do direito, não há manutenção da ordem. Do ponto de vista do Estado de direito, afastando em termos pragmáticos sua natureza democrática, o direito não existe, com isso, para fazer justiça concreta, mas para satisfazer a urgência 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, 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, 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 questão que se apresenta é que as relações jurídicas oscilam entre permanência e ruptura, entre estabilidade e mudança, entre tradição e participação democrática, entre segurança jurídica e inovação.

No entanto, qualquer grande ruptura dentro dos parâmetros usuais da sociedade pode levar ao caos⁴⁵. 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.

Não há dúvida do papel que a segurança pública tem na formação do Estado, ensejando a formação do corpo legal que vem para manutenção da ordem e da paz. A

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo, Ed. LTR, 2012, p. 27.

⁴⁵ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires, Centro Editor da America Latina: 1968, p. 48.

positivação das regras de conduta culmina, assim, com a necessidade do Estado de promover a segurança jurídica para que possa, ao mesmo tempo, manter a paz através do respeito às normas formuladas e manter a confiança dos cidadãos que o legitima para fazer o direito e, mais uma vez, garantir a ordem através dele.

Assim, 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 de transformação da vida em sociedade, bem como o referencial teórico realista deste trabalho, ensinam que é impossível manter a estabilidade e imobilidade em termos absolutos. A pergunta que se quer responder é se se faz realmente necessário ter, de fato, segurança jurídica, ou se é suficiente para os propósitos do Estado de direito a simples existência do princípio.

Antes de tentar responder esse questionamento faz-se importante entender quais são os parâmetros reais da segurança jurídica e quais são exatamente suas limitações.

3. AS LIMITAÇÕES DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

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 político⁴⁶.

É da própria natureza humana, no seu instinto de sobrevivência, almejar segurança; desde a segurança pública até a segurança da lei, que é nada mais que o meio de conquistar aquela. O direito, então, utiliza-se desse paradigma de racionalidade cartesiana para afirmar a necessidade de si mesmo através da segurança jurídica.

Na racionalidade cartesiana o indivíduo está assegurado por si mesmo através da sua própria atividade de reflexão. Esse sujeito tematiza sobre si e se define através da sua própria estrutura interna. Para Descartes, a auto identidade permite acreditar na força autônoma da sua atividade reflexiva. A autoconsciência cria e corrobora a si mesma⁴⁷.

⁴⁶ CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad**: la ciudad biopolítica. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010, p. 104.

⁴⁷ SOUZA, José Carlos Aguiar de. **A configuração estrutural do paradigma da racionalidade moderna**. Síntese Nova Fase, v. 25, n. 82, Belo Horizonte, 1998, p. 393.

Dessa forma, a partir da modernidade, não se faz mais necessário recorrer a uma racionalidade divina, o próprio homem pode refletir sobre si mesmo. A racionalidade está ligada ao sujeito, pois deriva da sua própria consciência⁴⁸.

Assim, o paradigma normativo da modernidade é resultado da estrutura reflexiva auto afirmativa, sem mais necessidade de uma justificação divina⁴⁹. Dessa forma, a estrutura normativa é tanto pensada pelo homem como também justificada e confirmada por ele.

Nesses termos, o homem racionaliza que a liberdade irrestrita é prejudicial a si, o que o faz chegar a conclusão da necessidade de um poder soberano que garanta segurança. Essa segurança é conquistada através da feitura de leis, bem como o respeito a essa legislação manterá a segurança no tempo.

Assim, a segurança jurídica é um paradigma de racionalidade cartesiana e confirma a si mesma. Torna-se, portanto, um raciocínio circular; a reflexão do sujeito a cria e por isso a confirma. O questionamento proposto nesse trabalho é que o preceito da segurança jurídica, pelas razões expostas, é uma necessidade do homem e do Estado de direito, mas não necessariamente existe nesses termos.

O fato de o sujeito criar e acreditar na segurança faz ela existir e confirma sua necessidade, mas não necessariamente assegura que ela seja uma realidade absoluta nos termos em que é pensada.

A segurança jurídica é o equilíbrio dentro da sociedade de modo a se garantir a ordem. É uma criação cartesiana que serve para manter a estabilidade social. No entanto, mais adiante se pretende demonstrar que esse equilíbrio não existe, o que realmente existe é o medo de perdê-lo, que, assim, o tenta confirmar.

O Estado de direito não é de ordem natural, é uma construção social e política sustentada pelo direito. Uma das necessidades que fundamentam a formação desse Estado é a necessidade de proteção. A racionalidade cartesiana, então, confirma que a proteção se dá através de leis e por isso, a manutenção da legislação está intimamente correlacionada a ordem e a paz.

No entanto, a segurança jurídica pode ser relativizada, tornando-se mais uma metáfora que uma realidade. Ela é uma metáfora útil para o direito e para o Estado. O Estado para se manter eficaz precisa da confirmação do discurso de segurança.

⁴⁸ SOUZA, José Carlos Aguiar de. **A configuração estrutural do paradigma da racionalidade moderna**. Síntese Nova Fase, v. 25, n. 82, Belo Horizonte, 1998, p. 394.

⁴⁹ SOUZA, José Carlos Aguiar de. **A configuração estrutural do paradigma da racionalidade moderna**. Síntese Nova Fase, v. 25, n. 82, Belo Horizonte, 1998, p. 395.

Como regra geral os conceitos de direito são dogmas que podem ser relativizados, o que serve como evidência do caráter pouco palpável, tratando-se melhor como uma ilusão criada e corroborada para o bom funcionamento do Estado.

Este trabalho procura manter-se focado na realidade fática para compreender o direito e suas finalidades se afastando de seus paradigmas referenciais, geralmente ilusões. Assim fazendo pode aperfeiçoar essa técnica de soluções de conflitos, que nada mais é que uma ferramenta de trabalho para juristas. Uma percepção do direito de acordo com seus limites permite resolução de problemas de maneira eficaz e mais útil para a sociedade⁵⁰.

A admissão de certos limites ao princípio da segurança jurídica se arraiga na preocupação de que ele possa transformar o direito e a interpretação da norma menos num processo de descobrimento dos paradigmas da lei e mais num instrumento de justificação do direito e do poder que possui⁵¹. A colocação da segurança num patamar elevado de importância para a própria garantia da ordem dentro do Estado de direito pode transformar a interpretação desse direito numa ferramenta mais preocupada em reafirmar a norma que fazer justiça no caso concreto. O direito se torna, então, uma retórica de justificação.

O discurso jurídico vai atuar como justificação do próprio poder do Estado, promovendo um funcionamento das decisões judiciais de acordo com os padrões considerados interessantes do ponto de vista da segurança jurídica. A interpretação real, aquela expressão do que é considerado verdadeiro por quem decide, é posta de lado quando se afasta daquilo que a norma objetifica, pois não confirma a justificação do poder e da dominação do Estado.

A argumentação de uma decisão judicial é uma teoria elaborada como legitimação do poder estatal. O fundamento do domínio do Estado é sua tarefa de garantir segurança. Por isso, a decisão judicial deve confirmar a segurança jurídica para confirmar o Estado de direito.

No entanto, nos encontros que os julgadores têm com casos concretos no seu dia a dia, faz-se impossível interpretar a norma de acordo com um único parâmetro do que é verdade e, assim, promover uma homogeneização interessante para a segurança jurídica.

A retórica apresenta a verdade como aquilo construído dentro do próprio discurso, atingida através de várias aproximações sucessivas⁵². Porém, no melhor intuito de garantir o que é justo no caso concreto é possível permitir que a verdade tome para si noções de

⁵⁰ FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 38

⁵¹ FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 183.

⁵² FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 97.

veracidade e verossimilhança, trabalhando-a por um viés de menos certeza e mais adequação de acordo com a necessidade concreta⁵³. No entanto, qualquer discussão de promoção de menos certeza é contrária aos paradigmas de manutenção da estabilidade. O que o presente trabalho busca, todavia, não é uma prescrição radical de mudanças, mas um diagnóstico do que é desde já característico no direito brasileiro.

Dessa forma, a discussão da verdade é interessante para o debate da segurança jurídica e, mais ainda, para a tentativa de demonstrar sua relativização. Sem nenhuma pretensão de esgotar o tema, toma-se como exemplos demonstrativos a discussão de verdade que se faz entre os dois principais filósofos pragmáticos, William James e Charles Sanders Peirce.

54

Para James a verdade depende unicamente do interlocutor . Existem tantas verdades quanto existem pessoas que acreditem nelas. O fato de um conceito ser verdadeiro ou não depende da disposição de alguém de acreditar que ele é verdadeiro ou falso. James não afasta a crença baseada na fé⁵⁵, ao contrário de Peirce, que preceitua que não se pode acreditar em algo que não pode ser constatado através de análise intelectual.

Para Peirce, a verdade é resultado de uma série de análises que devem ser postas a prova. Uma vez atingido o resultado lógico daquela inquirição, tem-se a opinião final. Essa opinião final, acredita ele, é a única verdade possível para todos.

O entendimento sobre verdade de James e Peirce difere em seu âmago. Uma maneira de demonstrar exatamente como esses dois pragmatistas têm entendimentos destoantes é analisando a maneira como concebem o fenômeno da transubstanciação. Trata-se da prática cristã de, durante a celebração, através de uma benção do sacerdote, transformar o pão e o vinho em corpo e sangue de Jesus Cristo. Ora, para Peirce a transubstanciação não existe⁵⁶. É plenamente possível dizer, ao olhar o pão e o vinho, que estes não se transformaram em carne e sangue. Dessa forma, a transubstanciação carece de respaldo prático, não se podendo dizer que seja fenômeno verdadeiro. Para Peirce, então, a transubstanciação não é uma verdade em caráter absoluto.

⁵³ FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 101.

⁵⁴

JAMES, William. **Pragmatism's Conceptions of Truth**. New York: Dover Publications, p. 86.

⁵⁵

STROH, Guy H. **A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)**. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 2009, p. 184.

⁵⁶ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007, p. 42

No entanto, James aborda a temática sob ângulo diferente. De fato não há transformação real, mas ela existirá, ela será verdadeira para aqueles que acreditam que a benção de um sacerdote pode transformar vinho em sangue ou pão em carne⁵⁷. A transubstanciação será uma verdade desde que o indivíduo acredite nela; será uma verdade para determinado sujeito sem prejuízo de que não o seja para outro.

Trazendo o raciocínio de James para a decisão judicial é possível refletir acerca das dificuldades para a segurança jurídica admitir uma reflexão desse tipo. No entanto, essa discussão guarda mais proximidade com as ideias trazidas quando se compreende o falibilismo para esses filósofos. Para James, verdades são nada mais que equilíbrios temporários dentro do processo de aprendizado. Para ele, nenhuma ideia fica no mesmo lugar por muito tempo, um conceito, qualquer que seja, está fadado à superação. Da mesma forma, Peirce entende que a opinião final também é algo mutável.

É por isso que uma crítica da imutabilidade se contrapõe a ideia de segurança jurídica e chama atenção que ciência – e com o direito não é diferente - é a eliminação progressiva de paradigmas⁵⁸.

Esse falibilismo das verdades pode ser exemplificado no ordenamento brasileiro através da relativização da coisa julgada. A coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido são categorias retiradas do art. 5º, XXXVI da Constituição e servem como termômetros da segurança jurídica. São evidências que demonstram a segurança jurídica, permitindo, portanto a inferência de que se se nega um desses paradigmas está-se, indiretamente, negando, em parte, a própria segurança.

Como materialização da segurança jurídica, a coisa julgada significa a imutabilidade da sentença que já esgotou todos os recursos cabíveis. No entanto, algumas matérias de direito tem recebido alteração de tratamento pelo Judiciário, permitindo-se até a modificação de entendimento de sentenças com trânsito em julgado.

É o que acontece nas ações de investigações de paternidade revisitadas em razão do surgimento do exame de DNA, como mencionado anteriormente. O STF em julgamento de recurso extraordinário em 2011 definiu que as ações de investigação de paternidade que já

⁵⁷ WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007, p. 43.

⁵⁸ FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009, p. 194.

tivessem coisa julgada, mas apenas através de prova documental e testemunhal poderiam ter sentença final alterada com a depender do resultado do exame de DNA⁵⁹.

Desde então, as cortes inferiores bem como a 1ª instância têm reiterado a relativização da coisa julgada, promovendo uma conduta oposta às disposições da segurança jurídica, de manutenção e estabilidade das regras de natureza jurídica. O que se vê é o conceito de coisa julgada, tão intimamente ligado ao da segurança jurídica, relativizado dentro dos parâmetros do Estado de direito, o maior interessado em manter essa segurança. Por que, então, a relativização? Esse fenômeno pode ser interpretado como prova do caráter metafórico da segurança, uma racionalização de justificação do Estado de direito, mas que não é capaz de guardar tantas semelhanças com a realidade fática.

CONCLUSÃO

Como restou demonstrado, o princípio da segurança jurídica guarda aproximação com a fundação e a própria manutenção do Estado de direito. É através desse princípio que o Estado pode proteger a legislação e a confiança da sociedade na sua capacidade de manter a ordem.

No entanto, também restou demonstrada a dificuldade de concretizar termos absolutos de previsibilidade e imutabilidade na manipulação diária do direito. A própria relativização da coisa julgada é evidência dessa dificuldade, pois o instituto da coisa julgada é uma dos maiores indícios da segurança jurídica numa ordem legal.

A segurança jurídica é um paradigma de racionalidade cartesiana que, por isso, como já discutido, confirma a si mesma. Torna-se, portanto, um raciocínio circular; a reflexão do sujeito a cria e por isso a confirma. O questionamento proposto nesse trabalho é que o preceito da segurança jurídica, pelas razões expostas, é uma necessidade do homem e do Estado de direito, mas não necessariamente existe nesses termos.

O fato de o sujeito criar e acreditar na segurança a faz existir e confirma sua necessidade, mas não necessariamente assegura que ela seja uma realidade absoluta nos termos em que é pensada.

A segurança jurídica é o equilíbrio dentro da sociedade de modo a se garantir a ordem. É uma criação cartesiana que serve para manter a estabilidade social. No entanto, esse equilíbrio não existe, o que realmente existe é o medo de perdê-lo, que, assim, o tenta confirmar.

⁵⁹ STF. Terceira Turma aplica relativização da coisa julgada em investigação de paternidade. <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113222> Acesso em 10/03/2014.

Nesses termos, fica confirmada a hipótese de que o princípio da segurança jurídica é ferramenta fundante do Estado e peça essencial para que possa manter a ordem, sem, portanto, concretizar-se efetivamente, em razão das dificuldades apontadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, vol.1**. Brasília, Ed. UNB, 11ªed, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo, Ed. LTR, 2012.

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

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

FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como justificação: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação**. Recife: Ed. Universitária, 2009.

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

JAMES, William. **Pragmatism's Conceptions of Truth**. New York: Dover Publications.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosofico**. 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.

Revista Consultor Jurídico (2011). “**Teste de DNA reabre discussão sobre paternidade**”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-jun-02/stf-relativiza-coisa-julgada-permite-acao-investigacao-paternidade>.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. **A configuração estrutural do paradigma da racionalidade moderna**. Síntese Nova Fase, v. 25, n. 82, Belo Horizonte, 1998.

STROH, Guy H. **A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)**. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 2009.

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

WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007.