

---

# O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariiedade judicial

Palestra apresentada no curso “Segurança jurídica e discricionariiedade  
na atividade jurisdicional”, no auditório da EMAG, em 03/11/2010

---

ALYSSON LEANDRO BARBATE MASCARO\*



**EMAG**

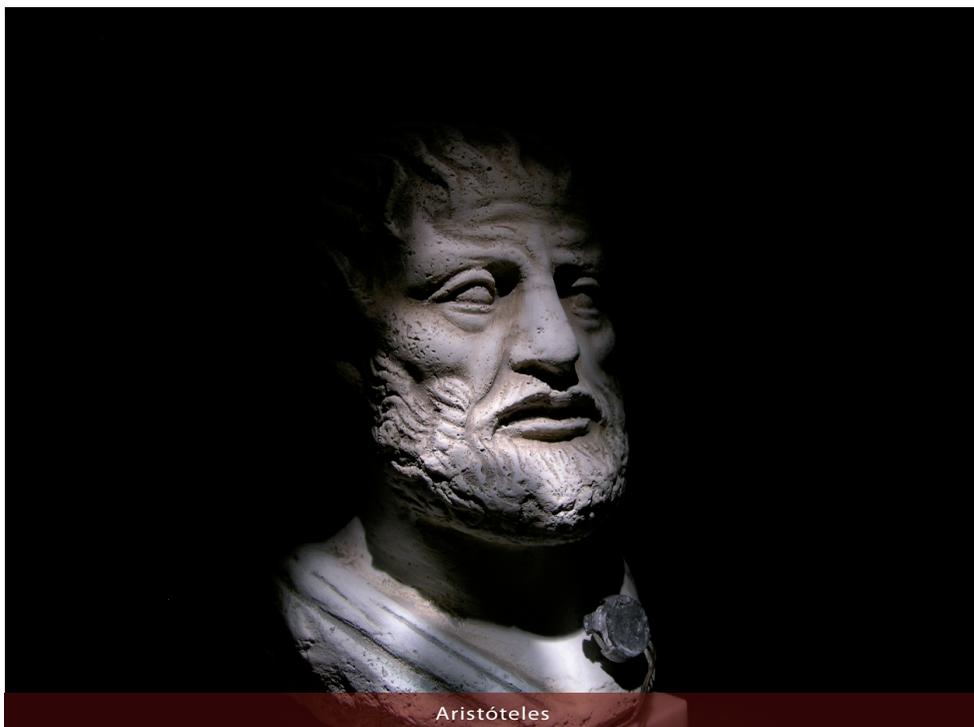
REVISTA ACADÊMICA  
JANEIRO | JUNHO 2011

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Livre-Docente em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP.

Advogado e parecerista em São Paulo. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/SP. Membro do Conselho Pedagógico da Escola de Governo – USP.



# O contexto sociológico da segurança jurídica e da discricionariedade judicial



O tema que vamos abordar diz respeito às questões sociológicas que deram base às considerações sobre segurança jurídica. Veremos como essa segurança jurídica se desenvolveu e se desenvolve hoje, sociologicamente, e como essa questão interfere na própria estrutura da decisão judicial. Veremos como se dá, portanto, esta relação que é ao mesmo tempo histórica e social – porque tem bases e lastros especificamente estruturados a partir de questões sociais, mas também tem pressupostos filosóficos, muito claros, no desenvolvimento dessa estrutura histórica.

A primeira grande questão que se nos incumbe lembrar é que, embora atualmente o tema da segurança jurídica seja funda-

mental ao próprio direito e a toda demanda que se espera do Poder Judiciário perante a sociedade, este não foi um dos elementos marcantes do direito no passado.

Hoje, segurança jurídica é, certamente, um dos nossos dísticos mais relevantes, naquilo que se espera do direito e da atividade judicial. No passado, não. Este contraste para nós é muito importante, porque tendemos a considerar, de início, o valor da segurança jurídica como um valor inflexível, um valor necessário, e pensamos que em toda a história o direito se valeu deste referencial como base da sua própria consolidação, como valor fundamental da sua própria estrutura. Assim não o foi. Em primeiro lugar, porque, se hoje nós pensamos em decisão jurídica a partir do Poder Judiciário, a própria história do direito conhece o Poder Judiciário apenas no momento recente da sua evolução.

Durante muito tempo, séculos e milênios, houve julgamentos, tivemos muitas vezes magistrados, juízes, mas não necessariamente tivemos um Poder Judiciário estruturado como um dos poderes do Estado e um juiz constituído naquele momento como figura operadora de julgamento, investido de competência formal suficiente para ter inclusive um critério legal de julgamento. Isso nós não temos em toda a nossa história. Muito pelo contrário, durante muitos momentos da evolução histórica, houve demandas para que os juízes julgassem de acordo com outras referências que não fossem a da própria segurança jurídica. Para começarmos esta nossa reflexão e vermos o quanto o tema da segurança jurídica de fato é plurívoco e candente para uma reflexão filosófica e sociológica, tomemos como exemplo o direito romano e seus julgamentos.

Em Roma, costuma-se identificar uma figura judiciária à qual se diz ser o protótipo do juiz moderno: o pretor, fundamental já à República romana. Dentre suas variadas espécies, os pretores peregrinos, homens que andavam por toda a Roma, eram aqueles responsáveis pela realização dos julgamentos dentro do direito romano. A figura do pretor peregrino, aquele que, mais próximo de ritos mágicos que de ritos formais estatais, perambulando, resolvia e decidia casos, para nós é uma entidade muito peculiar, que revela uma distinta e antiga maneira de entender os próprios



valores do direito, do direito antigo, portanto da estrutura social daquele tempo. Um pretor peregrino era um homem que julgava casos porque era sábio. Sua sabedoria era um ponto relevante para que o reconhecessem então como apto a realizar um julgamento, para que fosse juiz. Sabedoria, no caso dos antigos, ao contrário da nossa forma de conhecimento do direito moderno e contemporâneo, era uma forma de olhar, mensurar, avaliar e, depois, julgar diretamente os casos concretos.

Um pretor peregrino em Roma, o protótipo de juiz romano, era aquele que observava um caso, entendia as circunstâncias daquele caso e, a partir daquele momento, determinava que, para tal caso, tal é a melhor solução, tal é a melhor decisão. Poderia haver outros casos muito similares a esse, no entanto, talvez o mesmo encaminhamento para um outro caso similar não fosse tão útil, tão ajustável, tão importante para uma determinada circunstância, em face do julgamento anterior. Por isso, os romanos consideravam que o direito era uma arte de julgamento. *“Jus est ars boni et aequi”*, o direito é a arte do bem e da equidade, esta foi a velha definição do Digesto romano a respeito da sua própria atividade, da sua própria confecção do direito, do direito como um artesanato. Aqui cabe mais uma questão: a compreensão do direito como arte encaminha também uma outra definição dentro do preceito *“jus est ars boni et aequi”*. O direito é a arte do bem, propondo-se, então, a fazer alguma coisa no sentido moral e do justo, pois é também a arte da equidade. E a equidade, para os romanos, é tomada no sentido grego, advinda daquele que é um dos maiores referenciais do pensamento jurídico de toda a história, Aristóteles.

Para Aristóteles, o julgamento devia ser constituído em cada caso observando diretamente as suas circunstâncias, ou seja, tendo a dimensão, em cada momento, em cada situação, daquilo que era específico a essas circunstâncias. Ou seja, há duas pessoas em demanda que parecem ter um caso igual a duas outras pessoas em demanda, mas, ao final das contas, cada caso tem uma dimensão específica. Dois homens ricos e poderosos demandando por uma mesma questão que outros dois frágeis, o julgamento do juiz não é igual nesses dois casos. É preciso atentar aqui à própria ideia

de equidade, ou seja, de observar cada caso concreto e adaptar-se à especificidade deste caso concreto. Portanto, para a velha tradição grega de Aristóteles e para a tradição romana, que é posterior à grega – Aristóteles está quatrocentos anos antes de Cristo, a tradição romana ainda está no seu apogeu ao tempo de Cristo, o Digesto é de séculos depois de Cristo –, esta tradição greco-romana deposita, na forma de constituir o direito, um valor mais alto na equidade, quero dizer, no olhar a cada caso. Tanto assim que existe uma palavra que identifica julgamento e que vem da tradição romana, que está até os dias de hoje nos nossos ouvidos: “jurisprudência”. Nela, a “prudência”, que é aqui o termo romano que pode se equivar à equidade dos próprios gregos. A palavra “prudência” ficou na nossa memória, inclusive em língua portuguesa, como sendo algo que nos ensina, em uma certa circunstância, a observar algum dado com calma, com um certo cuidado. Então, diz-se que alguém é prudente porque não chega diretamente fazendo o que quer, a qualquer momento, conforme o que pensa. O prudente escuta, ouve, raciocina, reflete. No conceito de prudência de uso atual, que ficou no nosso sentido vulgar, comum, a palavra nos lembra a ideia de uma dimensão do cuidado do pensamento prévia à própria ação. Esta equidade dos antigos, esta prudência dos próprios romanos, era justamente o olhar de cada caso, a reflexão que se fizesse a cada caso e a cada circunstância.

Portanto, muito mais do que a segurança jurídica, a história passada do direito se constitui enquanto história da reflexão a respeito de uma busca direta do justo: esse acercar-se do justo, muitas vezes, passa por cima da segurança, tomada como repetição de decisões. Em busca de uma condição de avaliação justa de um determinado caso, é possível quebrarmos uma conclusão que já tiramos e chegarmos a uma outra forma de reflexão. Se nós aqui nos deparássemos com a velha reflexão jurídica dos gregos e dos romanos e perguntássemos, a respeito de segurança e justiça, qual dos dois institutos é mais alto, com certeza esse direito do passado levantaria a opção da justiça como sendo muito mais alta do que a própria opção da segurança. Entre nós, nos tempos contemporâneos, esta resposta não seria a mesma. Entre a justiça de cada caso e a



resposta universal a todos os casos, sabemos que o mundo moderno e contemporâneo prefere uma resposta universalizável, que nos leve, portanto, à própria segurança como garantia de repetição.

Esta forma peculiar de preferir a justiça à segurança se dá no passado, havendo uma explicação para lá termos tal estrutura muito própria do afazer jurídico. As sociedades antigas eram estruturadas numa forma de organização social dependente na maior parte das vezes da própria força dos que as sustentavam e dominavam. Costumamos chamar isso de escravagismo: trata-se do modo de produção escravagista. O povo romano domina outros povos não é porque algum direito lhe deu poderes para isso; é porque tem força, e, quando perde a força, perde o próprio domínio. Ou seja, a própria condição de julgar está suspensa numa hipótese que é a força direta. Porque tenho força, julgo. Porque o outro não tem força, é julgado. Esta não é uma condição estabelecida formalmente. O poder de julgar não é uma condição canonicamente dada de tal modo que alguém, mesmo perdendo a força, mantenha o poder, sustentado por normas. Perdida a força, perdida a possibilidade do julgamento, perdido o poder de julgar. Portanto, aqui, temos uma condição pela qual aquilo que faz o julgamento é variável, é circunstancial, é conforme a própria condição de poder. Por isso, o julgamento antigo não era um juízo que buscasse segurança, buscava ou a sabedoria ou o melhor interesse circunstancial em favor daquela própria constituição do poder que realiza o julgado. Ao se reconhecer como sábio porque julga bem, tem-se uma condição suficiente para o julgamento, mas a possibilidade de pairar sobre aquele que se julga é assentada em fatores que não são formais. Porque as circunstâncias históricas são muito variáveis, não se repetem julgamentos de outros.

Começa-se a identificar um germe de valoração de segurança jurídica a partir da Idade Média, porque nesse momento muda a circunstância da estrutura social e inclusive do pensamento jurídico. Ao invés de povos escravagistas temos, agora, povos em feudalismo. A estrutura do feudalismo é muito distinta da estrutura do escravagismo. Neste, um povo pode nascer senhor e morrer escravo, um povo pode nascer escravo e morrer senhor. O povo

hebreu na Bíblia, aliás, é um exemplo disso. Ao tempo de Moisés, hebreus eram escravos de egípcios; ao final da vida de Moisés, tornaram-se um povo livre. Portanto, tinham lá uma condição totalmente distinta daquela que foi a sua sorte inicial nesta série de relações. O feudalismo é distinto; é um regime social bastante estável, porque não depende imediatamente da força, mas, essencialmente, depende da posse dos meios de produção, da posse da terra. Aquele que detém a posse da terra lega este domínio ao seu filho, ao seu neto, e assim sucessivamente. Servo é filho de servo, e seu filho também será servo. O poder de julgar está assentado numa estabilidade previsível. Julga o senhor, é julgado o servo. Numa condição como essa, começa a haver, pela primeira vez, uma espécie de valoração positiva da constância do julgamento ou da constância de um certo valor que dá base à organização do juízo de valor. Isto se dá na Idade Média, inclusive, com o advento do cristianismo.

A constituição do cristianismo enseja a possibilidade de considerar que alguns valores tomem-se por referenciais e sejam reputados eternos. Por muitos séculos, o padrão que está na base do pensamento de Santo Agostinho, São Tomás de Aquino e de toda tradição da reflexão cristã, inclusive nos encaminhamentos sobre o direito, é o de uma busca de determinados critérios de julgamento que sejam considerados eternos, inflexíveis. Inclusive porque a sua inspiração é divina e este Deus a princípio seria imutável, daí a vontade de julgar conforme uma régua eterna. E disso ainda resulta um resquício, de lá até hoje no mundo ocidental, de que questões que envolvam moral – e moral aqui quase no campo do comportamento individual, religioso –, essas questões têm uma tábua de valores que é inflexível. Um dos pontos dos quais mais se reitera uma espécie de segurança na hora de compreender valores para dentro do direito é no campo dos comportamentos, inclusive da moral social e individual. Isto é um resquício da religião. A religião congela e consolida um determinado padrão de valor e a partir daí a sociedade deve interagir com um pressuposto de imutabilidade. De lá até hoje, eu diria que um dos pontos de maior segurança jurídica se revela quase sempre nessas questões dos valores morais da



própria sociedade. Questões econômicas podem até ser variáveis, questões do trato da relação capital e trabalho refletem luta, questões da organização do Poder Judiciário são simplesmente de quase convenção, mas questões morais, elas perseveram nessa própria lógica medieval, de uma segurança de repetição estreita por conta de uma pretensa imutabilidade de valores.

A Idade Média já começa a ter por valor a segurança. Ocorre que o que ela não tem ainda é uma segurança estruturada de modo jurídico. A segurança que tem é muito mais vinculada à sua própria estrutura social. Um tem tudo, e este um que tem tudo, o senhor feudal, é quem dá sempre a pauta de qualquer organização social. Todos os servos se subordinam a um só senhor. Tal subordinação também tem muito mais lastro na própria estrutura religiosa da Idade Média do que em estruturas jurídicas. Tanto assim que, no pós-medieval, revela-se o contraste entre segurança como repetição de valores morais e segurança como repetição de conteúdos a partir de uma forma estabilizada.

Quando se começa a conhecer o Estado tomado pela sua figura e sua organização institucional dos tempos modernos e contemporâneos, o modelo deste fenômeno político moderno já chama a si o monopólio da violência, chamando a si, também, o monopólio das decisões. Portanto, é o Estado que dá a ordem e a estrutura normativa, sendo o mesmo Estado que começa a fazer o julgamento daquilo que ele próprio organizou em termos normativos. O Estado moderno vai se constituindo como uma figura próxima do nosso Estado dos dias de hoje: já se estrutura como o atual, começa a ter, portanto, um corpo especializado de juizes, ainda que incipiente e dependente da vontade absoluta do rei. No entanto, este corpo de juizes, que já tem uma estrutura de uma organização formal de competência nos próprios julgamentos, uma cultura de processo, ainda não tem a âncora fundamental da segurança jurídica.

É verdade que a modernidade já tem uma espécie de desenvolvimento de um Poder Judiciário, mas não tem ainda o lastro da segurança jurídica. Na Idade Moderna já surge uma estrutura social de tipo capitalista, um modo de produção social que já tem determinadas relações que são muito próximas das nossas hoje. O

que ocorre é que esta sociedade moderna ainda é, de algum modo, fundada na base de estamentos. Esta matriz estamental institui uma certa organização social calcada em privilégios. Alguns julgam porque podem em razão não de competências formais normativas impessoais, mas porque foram investidos em privilégios. Então, o rei absolutista pode tudo e julga conforme o que quer. Ele é o Estado, julga, mas não se obriga a julgar conforme a história preterita de seus próprios julgamentos. Não tem sistemática, não tem coerência no seu julgamento. Um rei pode olhar para os súditos e dizer, “a você dou o beneplácito de estar vivo”, “a você outro que fez a mesma coisa que aquele anterior, a quem deixei vivo, quero que morra”. São duas decisões totalmente contraditórias dadas por um mesmo rei absolutista. Mas a teoria do absolutismo é a de que o rei tudo pode, porque essa sua vontade, no fundo, emanaria do próprio poder divino. Todo poder nasce de Deus e todo poder é delegado de Deus ao rei. Então, o rei pode tudo. Isto já é decisão estatal, tecnicamente isto já pode até ser chamado de decisão jurídica. E se o rei constitui um corpo de juízes na Idade Moderna, poderia até se chamar isto de decisão judiciária, tomando aqui, no sentido amplo, tal expressão. No entanto, a decisão do rei e do Estado e o julgamento judiciário, na Idade Moderna, são decisões ainda dependentes de algo circunstancial, conforme a própria vontade e deliberação do poder que procede ao julgamento.

Quanto à Idade Moderna, não se pode dizer, pois, que a segurança jurídica seja um valor fundamental. Tem-se na Idade Moderna – e isso na história vem desde a Idade Média, mas vai se refinando e se transformando na Idade Moderna – uma espécie de consolidação lenta e paulatina de conteúdos que se reputam fundamentais para a segurança jurídica. Conteúdos. A Idade Média desenvolveu uma reflexão a respeito de determinados valores que seriam necessários e imutáveis para a própria avaliação da sociedade, dos indivíduos a respeito de sua posição. Foi o chamado direito natural medieval. Deus daria um rol de normas, estas normas seriam consideradas inflexíveis e, portanto, aí haveria uma orientação no que diz respeito ao conteúdo da nossa avaliação fundamental para os julgamentos.

A Idade Moderna ainda carrega esta inspiração medieval,



mas procede a uma transformação desses conteúdos. Em ascensão nesse próprio período, a classe burguesa, durante a Idade Moderna, põe-se a descartar um conteúdo que remonta ao medieval, um conteúdo para o direito que estivesse legitimado pela vontade divina, e começa a dizer que qualquer conteúdo que devesse valer para os julgamentos na sociedade deveria vir da razão, aqui tomada no sentido moderno. Os modernos, ao contrário dos demais da história, escrevem razão com “R” maiúsculo: razão é só a deles, a que concorda com seus preceitos, portanto é só um certo tipo de razão que se reconhece como tal, e esta razão estaria estruturada em alguns eixos específicos.

Na simbólica revolução burguesa moderna, a Revolução Francesa, inscrevem-se, dentre os seus lemas, liberdade e igualdade. Trata-se de uma luta pela estabilização de conteúdos. A liberdade é dos contratos, fundamental para a atividade da classe burguesa, o que se constitui no princípio jurídico da autonomia da vontade. A igualdade é, perante a lei, isonomia. E, além disso, anteriormente Locke já o dizia, de todos os princípios que se possam pensar a respeito do direito natural, o mais importante de todos é o de propriedade privada, o poder ter para si e este ter para si não depender dos demais, conquanto exigência de dividir ou manter esta mesma propriedade.

Esta organização dos modernos começa por dizer que determinados valores – conteúdos – eram fundamentais enquanto esteios da segurança jurídica. Um juiz era justo, um Estado era bom, um governante era adequado, quando atentavam todos eles a esses conteúdos. E observamos, na modernidade, que toda preocupação que aí se desenvolve era de uma classe que estava fora do Estado: a burguesia queria determinados conteúdos, mas não tinha a forma sob seu poder. Não tinha nas mãos a estrutura estatal suficiente para garantir este mesmo desejo de afirmar determinados temas ou determinados conteúdos.

Quando é que se dá o casamento de forma com conteúdo? Com as revoluções liberais, no século XVIII, algumas no século XIX. A Revolução Francesa, que se iniciou em 1789, é um dos seus exemplos marcantes. Neste momento, a velha demanda apresen-

tada na sociedade por conteúdos seguros, por valores que não mudariam, encontra-se e une-se, aqui, com a própria forma estatal que possa garantir esses mesmos conteúdos. Se na Idade Antiga a segurança jurídica não era a preocupação do jurista – a sociedade escravagista era uma sociedade de força e força muito variável, uma dinâmica aqui de força muito peculiar –, na Idade Média e na Idade Moderna já se tem um desenvolvimento da segurança jurídica, enquanto segurança dos conteúdos. Embora variáveis esses conteúdos – a Idade Média tem alguns que são religiosos, a Idade Moderna tem outros que são de uma racionalidade individualista moderna –, já se levanta uma petição por segurança ao nível do conteúdo. Com as revoluções liberais burguesas, dá-se o casamento de conteúdo com forma. A maior dificuldade do jurista moderno – como também a do medieval – foi construir a possibilidade de uma demonstração, para todos os indivíduos, de um conteúdo universal. A universalidade do conteúdo não se controla nem se impõe à mente de todos os juízes e soberanos. Como é que todos os juízes julgariam do mesmo modo e como é que todos teriam os mesmos valores? Alguns até tentaram construir modelos com esses encaaminhamentos. Mas como mostrar a possibilidade de uma axiologia universal, de uma construção universal de valores? É algo difícil. Por isso, chega-se a uma etapa em que se abandona a própria reflexão a respeito dos conteúdos.

A partir das revoluções do século XVIII, a contemporaneidade começa a decantar um outro modo de pensamento a respeito de segurança, que não é mais pelo conteúdo – embora não se esteja descartando o conteúdo, pois quase sempre o que vai se construir garantirá o mesmo conteúdo desejado pela burguesia moderna. Algumas vezes tal conteúdo poderá variar, mas, em geral, a variação é exceção. A regra é manter o conteúdo. Mas não é mais pelo conteúdo que se constrói a segurança jurídica. Esta passa a ser construída, a partir do século XIX, pela forma, que, aqui, é a forma estatal. É tal forma estatal que garante, portanto, uma decisão jurídica segura, não porque necessariamente um juiz pensa igual ao outro, mas porque existe uma engrenagem na própria estrutura dos julgamentos pela qual só julga quem tem competência advinda



de normas. Tais competências, distribuídas a muitas pessoas, a muitos juízes, também têm uma estrutura, permitem a sua avaliação inclusive por meio de filtros, realizando uma espécie de depuração dessas mesmas decisões, porque há tribunais superiores que garantem, ao menos, alguma posterior unificação de sentidos dessas decisões individuais. O Estado contemporâneo começa a desenvolver, portanto, a forma do direito como o elemento fundamental da estrutura jurídica.

Ancorando-se na forma, o direito contemporâneo terá, no papel do positivismo jurídico, um dos pontos relevantíssimos da sua própria afirmação. O positivismo jurídico é a grande bandeira que se levanta em toda a Idade Contemporânea para a garantia da própria segurança jurídica, já que não foi possível tratá-la, historicamente, limitada apenas ao plano dos conteúdos. Tomando-se pelo menos a datação da revolução burguesa na França como um dos seus marcos de referência, isto é, desde 1800, nesses duzentos anos de junção de forma e conteúdo, até os dias de hoje, desenvolveu-se uma história muito contraditória e conflituosa quanto à segurança jurídica. A partir da pujança da forma, pode-se levar o direito a um extremo distinto daquele haurido do conteúdo único e invariável, típico dos medievais e modernos. Os contemporâneos têm por seu extremo a equivalência da segurança jurídica à segurança da organização institucional, limitando-se, portanto, à competência formalmente dada ao Poder Judiciário. As normas jurídicas que dão essa competência dariam a diretriz das ações legitimadas e, inclusive, dos julgamentos. Tais são as normas. O juiz é somente a boca da norma; ele só dirá aquilo que a norma falar.

Muitas vezes no século XIX, e em especial no século XX, a forma como horizonte levou o direito ao extremo. Disso resulta o papel da aparelhagem jurídica em tragédias históricas como, por exemplo, as do próprio fascismo e do nazismo. O juiz fala a norma, o juiz é a boca que fala a norma, e esta boca que fala a norma fala a norma nazista. Então, nós temos segurança: o que o Estado determina, o juiz cumpre. É uma cadeia, é uma rede de consequências muito bem postas e estabelecidas, nas quais nenhuma engrenagem falha, todas as peças estão bem colocadas. Mas,

no extremo, tal associação direta do juiz à norma estatal pela forma pode redundar no próprio nazismo, pois o limite da segurança jurídica se identifica à vontade do Estado. O Estado constitui um aparato que corresponde a este automatismo que, se não é totalmente obtido na prática, é, pelo menos, desejado quase sempre. O transplantar automático da própria normatividade para o plano do Poder Judiciário constitui o desejo de segurança jurídica pelo uso da mesma estrutura legal em todos os campos do Estado. Esta foi a realidade jurídica vivida no século XX.

Ocorre que, embora a segurança jurídica, como forma, seja reputada valor fundamental da reprodução social contemporânea, a maioria dos juristas se incomoda com uma construção limitada à imposição de uma pretensa automática vontade normativa estatal. Não é da tradição do jurista dizer que defende a forma como segurança jurídica e ponto final. No seu discurso de humanismo, o jurista sempre diz defender a segurança jurídica, mas tentando empreender uma espécie de busca de valores justos, uma espécie de reflexão de cada caso concreto. Quase nunca se compra o pacote da segurança jurídica tal e qual, compra-se segurança jurídica com mais alguma coisa. Então, em muitos momentos, esse “mais alguma coisa” é uma espécie de pura ilusão do jurista. Sou um homem justo, porque sigo as leis do Estado: como meu Estado é democrático, defende a cidadania, então, seguindo as leis, sou cidadão. Para evitar o constrangimento com um puro juspositivismo da segurança jurídica, parece confortável ideologicamente querer enxergar, nas próprias instâncias do Estado e nas próprias normas jurídicas, os bons valores do mundo. Neste argumento, o respeito à forma dá a ética do conteúdo. Mas em momentos como os de ditadura, a possibilidade de emendar um valor no outro fica difícil de ser consolidada, porque rompe-se necessariamente a possibilidade de extrair segurança jurídica e valor de justiça do direito positivo, conforme o sonho que permitiria somar tranquilamente, à norma, a cidadania, a democracia ou a justiça social.

Existem, eu diria, dois modos de observar a reflexão a respeito de segurança jurídica e dar um passo para além desta imediata associação entre forma e conteúdo, avançando para além da



análise do direito como sendo simplesmente um prisma que deva olhar apenas para a segurança jurídica formal como seu mais alto valor. O primeiro dos dois modos de desmontar esta mesma estrutura é uma espécie de agir interno, observando as próprias possibilidades normativas do direito e reconhecendo que o direito não é simplesmente um procedimento de subsunção de norma a fato concreto, dando sentenças. Com isso, rompe-se com a ideia de que o direito retira sua segurança de uma técnica que se reputa imparcial. Este processo interno, nos dias de hoje, talvez seja um dos mais ricos para se pensar diferentemente o direito. Trata-se de observar, dentro do afazer jurídico, que não há simplesmente uma ação autômata que ligue pontas a pontas, imparcial ou tecnicamente, como se fosse uma orientação em linha reta entre dois pontos, na qual o jurista e o juiz, necessariamente, têm que chegar à mesma resposta.

A valoração cada vez maior, inclusive, dos princípios na realidade contemporânea, nos demonstra que esta possibilidade de reflexão sobre as normas jurídicas é variável. A interpretação não é um ponto que necessariamente se liga a outro por meio de uma linha reta. Existem possibilidades de reflexão. Existem princípios, eles podem ser ponderados. Pode-se construir uma solução mais especificada partindo das mesmas instituições normativas e principiológicas gerais. Os pós-positivistas, que denomino de “juspositivistas éticos”, ensejam a possibilidade de pensar o direito por um ângulo muito mais amplo do que simplesmente o da imediata afirmação de que todo juiz fala o que a norma diz, como se esta dissesse algo único por si só. Esta desconstrução da pretensa segurança da técnica normativa automática se faz em termos de principiologia, lastreada nos valores que estão permeando a própria estrutura do direito. Portanto, existe uma reflexão interna da própria teoria do direito, que é fundamental para entendermos que a segurança jurídica não é um dado a que o Judiciário alcance praticando um ofício que parece ser deixado à inércia, sob os auspícios da forma normativa. Será que as normas, se apresentando, falam imediatamente na boca do jurista e, portanto, basta o jurista ser um robô que, automaticamente, a segurança jurídica está pronta? O controle dos jul-

gamentos e da aplicação da norma não é algo que se dê nesse nível.

Além da crítica principiológica à segurança jurídica lastreada no juspositivismo, construída internamente à atividade do jurista, há outra, que se constrói mergulhando o fenômeno jurídico na totalidade. No que diz respeito à segurança jurídica, esta maneira de darmos um passo adiante é uma espécie de crítica externa à própria atividade do direito. Houve grandes teóricos, em todo o século XIX e, em especial, no século XX, que desmontam a possibilidade de dizer que o direito é uma fala imediata e meramente técnica, lastreada em normas jurídicas, que daí retire a segurança jurídica. Além do desmontar interno de que um juiz não faz de modo necessariamente formal a sua constituição da sentença e da decisão, existe, ao mesmo tempo, uma reflexão que é externa e maior: o que permite e leva o Estado a instituir normas, impondo determinadas direções, erigindo certos princípios e buscando mantê-los? Aqui começa a reflexão que desmonta inclusive a possibilidade de entender como óbvia a relação entre forma estatal, segurança jurídica e valores.

Entendamos, por meio de reflexões que levam à compreensão do direito e do Poder Judiciário a partir de estruturas sociais, que o próprio Estado não é uma vontade autônoma que determine olímpicamente o que é a norma jurídica e, a partir daí, toda a máquina do Poder Judiciário opere automaticamente esta mesma orientação normativa que o Estado assim impôs, garantindo um valor social puro. Não se pode tomar o Estado apenas após o momento em que fala a norma. O Estado está numa dinâmica de estrutura social com a própria sociedade que o sustenta e com a qual se relaciona. No limite extremo, são relações sociais concretas que engendram as relações estatais, e não o contrário. Em momentos extremos, isso fica muito claro. O Tribunal de Nuremberg foi um desses casos: dada uma tal mudança das estruturas das condições sociais, por conta de guerra, leva-se a ter que mudar os próprios padrões de legalidade a partir dos quais se dão os julgamentos. O direito não punia previamente o nazismo, mas o sentimento do mundo, a partir dos vencedores da guerra, assim o exigia.

Por razões extrajurídicas e extraestatais, mudam-se as



matrizes de julgamento fundamentais de um certo tempo: grandes problemas econômicos, que não encontram respaldo naquela velha forma de organização da própria Constituição, quebram as estruturas do direito positivo. Em geral, momentos como esses revelam ou constroem novas formas de decisão, novos modelos, tanto no plano formal como no plano do conteúdo, que vêm abalar essa estrutura jurídica já estabelecida. Ou seja, por conta de determinações econômicas, de guerra ou de outras relações sociais de repercussão estrutural, muitas vezes até mesmo culturais e religiosas, o Estado quebra sua estrutura de legalidade. A partir desse momento, a velha segurança jurídica, que sustentava a manutenção de uma referência somente do direito, e não da sociedade, é quebrada pelo próprio Estado. Quebra-se a segurança jurídica extraída da forma normativa estatal, em garantia de uma certa segurança da reprodução social.

Toma-se segurança, aqui, não como um dado estático. Segurança é uma construção dinâmica e social. A partir de certas estruturas e relações de poder, a partir do conflito de classes, a partir das circunstâncias de grupos sociais, a sociedade demandará variados valores de segurança. E nesse momento, muitas vezes, a segurança jurídica pode se revelar oposta a determinadas referências de segurança social. É possível encontrar circunstâncias de conflito entre valores jurídicos e sociais, e, em tais momentos, vislumbra-se que a segurança jurídica não se sustenta quando apenas amparada pelo Estado ou pelas suas instituições normativas. O Estado garante a segurança jurídica em ocasiões normais, sustentando o ritmo tradicional da reprodução social, sem muitos abalos estruturais da sociedade, no dia a dia. Para essas questões que não representam abalos candentes nas estruturas da própria dinâmica social, aí sim o que garante a segurança jurídica é a própria previsão normativa do Estado, quase sempre aplicada diretamente pelo Poder Judiciário. Nesse momento, a segurança jurídica está atrelada à norma, está atrelada à própria estrutura do direito positivo. Mas é preciso lembrar que, em muitos momentos, há circunstâncias, discussões ou pontos de ruptura extremos no seio dessas estruturas. No ano de 2010, a Argentina possibilitou que casais

homossexuais constituíssem uma família no nível de casamento. Assim que esta norma jurídica foi promulgada pelo país vizinho, no outro dia, pela manhã, uma juíza argentina declarou que, enquanto fosse juíza, passaria por cima desta norma: não julgaria conforme a norma do Estado porque o seu dever moral é ainda preservar a família conforme os valores cristãos.

Percebe-se, em exemplos como esse, os fios desencapados da segurança jurídica: certas estruturas sociais representam uma ordem cuja segurança, nesse caso, é moral. A segurança jurídica busca seu alimento em dados externos: a economia capitalista, a moral média. Do embate entre um avanço jurídico normativo contra uma estrutura moral estabelecida, não se pode saber, previamente, quem prevalece. Não se trata de dizer que as determinações normativas ganham, geralmente, da moral, da economia ou da cultura. A prevalência de uma segurança jurídica, lastreada no direito positivo, depende do caso, do tempo, das circunstâncias e do tipo de reprodução das forças da sociedade. Mas percebe-se aqui que existe um fio desencapado entre uma certa segurança jurídica – a norma do Estado determina a possibilidade do casamento entre homossexuais no caso da Argentina – e uma estrutura social cuja segurança não é jurídica – o que se espera aqui é uma segurança de valores moralmente estabelecidos, ou seja, a sociedade considera que determinados valores são sólidos e não podem ser mudados.

Analisando-se o caso sem fazer juízo axiológico, ou seja, sem considerar se são bons ou ruins esses modos de conservação dos valores, o que importa é que pode haver uma certa segurança moral, cultural ou econômica da sociedade que venha a se confrontar com uma segurança jurídica. Em muitos casos é preciso que nós entendamos que o direito tem força para quebrar determinados costumes morais da sociedade. O divórcio foi um desses casos. Embora uma pressão violenta de grupos sociais para impossibilitar a lei do divórcio, ele se apresenta na realidade do Brasil e até hoje sua instituição dá estrutura às relações sociais, dá segurança jurídica, na medida em que dá a possibilidade de que os casais calculem e planejem inclusive o rompimento matrimonial – o divórcio é uma variável já calculável no casamento. O direito, contra uma



moral média conservadora, respalda uma segurança jurídica que dá previsibilidade tanto ao contrato do casamento quanto ao seu perecimento.

Mas, se a segurança jurídica se garante contra determinados imobilismos sociais, culturais e econômicos, em outros casos isto não se dá necessariamente. Veem-se várias circunstâncias nas quais o direito e sua segurança jurídica apresentam menos poder quando observados num confronto com as próprias estruturas sociais. O poder da segurança jurídica contra uma segurança da reprodução social é mais visível no caso dos costumes. A sociedade moderna já tem o condão de, em algumas circunstâncias, passar por cima de determinados costumes, inclusive porque, no Brasil, há mais de um século, o caráter republicano também é um caráter laico, liberando parcialmente a forma de organização dos conteúdos jurídicos. Ou seja, podem-se prever normas que sejam distintas daquilo que se apresente como senso comum de determinados grupos religiosos ou culturais. O Estado não tem necessariamente que atentar em favor desses grupos, pode dar uma outra pauta de pressupostos de conteúdo. No entanto, um dos grandes momentos de tragédia desta afirmação da segurança normativo-institucional ou estatal, quando em confronto com as circunstâncias de uma certa segurança social, se dá, em especial, no nível econômico. Os avanços dos direitos sociais, os avanços de formas de organização da sociedade que deem poder às minorias, que deem poder ao trabalhador, que consigam construir uma dinâmica inclusiva na organização econômica da sociedade, muitas vezes, se chocam com poderes do nível econômico, com demandas do capital que são muito mais fortes do que o próprio Estado.

Nas circunstâncias normais de reprodução, o capital é que pauta, totalmente, a sua segurança, contra qualquer intervenção do Estado ou do direito. O direito é refém, total ou parcialmente, da própria lógica do capital. Se hoje isso parece ser menos notório, porque o Estado brasileiro vai se tornando menos fraco, nas décadas imediatamente passadas era muito clara a observação da fraqueza relativa do mundo jurídico e político em face do capital. Se houvesse uma norma majorando os direitos do trabalhador, a empresa ti-

rava a sua planta industrial do Brasil e a colocava no país do lado. O Estado, intervindo na reprodução do capital, muitas vezes pode ver quebrada a segurança jurídica da aplicação dessas normas por razão de um poder econômico que é maior que elas. A partir desse momento, vem, para o jurista e para a própria política social, a consciência da externalidade da razão de ser da segurança jurídica, exposta na tragédia que é justamente a de avaliar dar um passo adiante em prol da defesa do trabalhador, perdendo o capital, ou, então, manter a empresa com o arrocho do trabalho. Trata-se do poder bruto do capital contra a política e o direito. Quase nunca a segurança jurídica se sustenta quando se põe contra o capital.

Por isso, é sempre uma arte muito difícil esta de tomar a segurança jurídica como nossa referência. Pelo lado interno, o jurista, no seu afazer jurídico, não é um robô – não é um autômato, não trata das normas jurídicas como sendo um ponto que leva ao outro em linha reta, como sendo toda a possibilidade de realização do direito num único caminho. Além desta crítica interna à aparente placidez do tecnicismo, deve-se alcançar esta crítica externa ao direito, tomado na relação com a totalidade das próprias estruturas sociais. O direito também garante a segurança jurídica, mas até um ponto no qual a reprodução social espera justamente essa segurança jurídica. Quando existe uma estrutura social que espera uma determinada institucionalização, mas o direito põe uma contrária a essa, muitas vezes é a segurança jurídica que quebra. É verdade que, muitas vezes, o direito quebra a sociedade, como em alguns casos de costumes; em tais momentos, é o direito que passa por cima de certas instâncias culturais específicas na sociedade. Mas, muitas vezes, são determinadas estruturas e relações da sociedade que podem quebrar o próprio direito.

Temos visto, em geral, uma solidez da segurança jurídica quando ela casa, ao mesmo tempo, a forma estatal com conteúdos desejáveis socialmente. Por exemplo, em tempos extremados de neoliberalismo, quando o Estado sanciona normas jurídicas neoliberais e é justamente isso que se busca ou que se quer, tanto na imprensa quanto nos meios de projeção da cultura e na própria estrutura do capital, aí se vê que a segurança jurídica não é abalada.



A segurança jurídica é resultante do que a própria sociedade quer ou, pelo menos, do que os grupos que detêm uma certa hegemonia e um poder determinante na sociedade querem. Nesse ponto, a segurança jurídica não é abalada; ela é sempre contestada em momentos nos quais, entre a reprodução da sociedade e o direito, existe uma fissura.

Assim, em balanço geral, a segurança jurídica, que se pretende sustentada na forma normativa estatal, sofre abalos tanto internos ao afazer jurídico quanto na relação do direito com a sociedade. Há a fissura específica da atividade jurídica, além da fissura geral possível entre interesses políticos, jurídicos e sociais. Um importante filósofo alemão do século XX, Gadamer, dizia em “Verdade e Método” que o jurista, quando trata da norma, nunca a toma como um dado pronto, objetivo, do qual ele faz uma subsunção ao caso concreto. Todo jurista – isso não é defeito, é constituição da própria natureza estrutural do ser humano em sociedade –, quando lida com um caso ou uma norma jurídica, faz uma compreensão lastreada numa pré-compreensão. Nós observamos fatos, circunstâncias, normas, casos que se nos apresentam, já com uma história, uma bagagem, um juízo de valor minimamente consolidado. Muitas vezes nós mudamos um juízo de valor nosso, mas algumas estruturas são arquétipos da nossa forma de pensar o mundo. O que para nós é mais importante, tal coisa ou outra?

Nós temos pré-compreensão sobre as coisas e depois temos em mãos casos que se nos apresentam, para os quais em geral já temos inclusive uma resposta pronta. Ainda que nós não saibamos muito bem, claramente, qual é a resposta, nossa ordem de constituição de valores, nossa experiência pessoal, já nos leva a pensar uma coisa ou outra a respeito daquilo. Isto também nos faz tomar à mão e, mais que tomar à mão, interpretar, constituir uma forma de interpretação das normas jurídicas que seja suficiente para atentar em favor da nossa própria busca de pré-concepções. Nós temos pré-concepção que nos faz pensar que, em determinados casos, deve o Estado passar por cima da moral mediana; então, buscamos normas que nos sirvam a esse aspecto. Ou, para os de uma tradição ainda jusnaturalista, o direito deve buscar determinados

valores morais antigos e fundamentais e, quando o direito se põe em sentido contrário, esses valores falam mais alto. A solução do jurista é encontrar, no estoque de normas e jurisprudências, alguma que se ajuste melhor ao que antes já julgou e deseja. Custa a um juiz, muitas vezes, passar por cima da segurança advinda das normas jurídicas, em favor de uma visão de mundo que não é compartilhada por uma determinada norma. Então, busca-se outra. Num sistema dinâmico de normas, num sistema no qual normas, regras e princípios se somam num conjunto muito vasto, é sempre possível encontrar uma norma que seja suficiente para dar uma decisão contrária à da maioria, aliando, ainda que de modo muito próprio e insólito, uma segurança jurídica da forma normativa a uma segurança dos conteúdos.

O nosso positivismo jurídico, por natureza, não é de regras que se ponham de maneira objetiva apenas por conta do louvor da técnica. Assentado num confortável modo médio de atendimento das necessidades de reprodução social da sociedade capitalista, ele é um juspositivismo, em muitos momentos, menos de técnica normativa e mais de reiteração pela maioria. Por isso, no espaço de hermenêutica permitido pela norma jurídica, a interpretação média é quase sempre a mesma. A segurança jurídica parece advinda da reiteração da mesma hermenêutica no seio das tantas possibilidades da norma. Mas a interpretação, ainda dentro do direito positivo, consegue estabelecer conteúdos hauridos da estrutura interpretativa muito distintos daquilo que seja o tradicional, e ainda se está dentro do cânone da lei, ainda se é juspositivista. Dentro do direito positivo, é muito difícil que nós venhamos a dizer que existe uma segurança jurídica objetiva, porque, na verdade, nós interpretamos as normas jurídicas a partir dos nossos próprios pressupostos e interesses. Em geral, o que ocorre é que todo jurista tem uma posição de classe e uma cultura de formação comum e, por conta dessa média cultural, um jurista interpreta o direito positivo igual ao outro. Invertamos a constatação sociológica da segurança jurídica. Não é porque há um respaldo e uma consolidação de normas que então advém uma segurança jurídica: esta existe porque existe uma reprodução social estrutural necessária, ao que



se soma também uma cultura jurídica média. Dada a sua posição na reprodução social e sua formação, o horizonte de um jurista não é muito diferente do de outro. Então, o próprio trato com os fatos, com as normas, para os dois, é semelhante. É por isso que o juspositivismo parece ser avassalador. Não é pela sua estrutura lógica interna, não é porque a subsunção fala necessariamente. É porque o juiz tem um horizonte médio, então tem uma construção média. Os outros fariam assim e ele também faz assim.

Além disso, meus prezados senhores, o outro grande problema da segurança jurídica é o fato de que ela é sustentada não só por dentro, pelas normas jurídicas e pelo seu horizonte médio de aplicação, mas, principalmente, por fora, pela própria organização social, pela própria dinâmica dos grupos e classes que se apresentam em conflito ou em concordância, pela própria estrutura dessa contradição social e também pelos valores, pela cultura, pelos princípios e pelos horizontes que dão sentido ao próprio jurista e à própria sociedade. Esta segurança jurídica, em geral, é menos posta normativamente e é muito mais consolidada estrutural e socialmente. A estrutura da sociedade, quando tem valores já estabelecidos, ou pelo menos numa certa estabilidade, em geral faz com que esses valores também passem para o campo do direito positivo. Do encontro da reprodução social com o mesmo espelho nas normas jurídicas, temos segurança social, segurança cultural, segurança valorativa, o que corresponde ao que se chama na média de segurança jurídica. O grande conflito sociológico, que não se resolve na teoria, só se resolve pela verificação empírica dos casos concretos, é justamente quando as demandas sociais são distintas da própria institucionalização das normas jurídicas e da sua correspondente segurança jurídica. Nesse ponto, a partir de cada circunstância histórica estabelecida, ver-se-á o quanto o valor da segurança jurídica tem um papel de impor-se perante a sociedade ou, então, em outros casos, o quanto as estruturas sociais têm um peso de se impor totalmente, seja com o direito seja contra ele.