

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS - PPGCJ**

**UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA ATRAVÉS DO  
REALISMO DE JEROME FRANK: A ACEITAÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO**

Manuela Braga Fernandes

Dissertação de Mestrado

João Pessoa

2015

MANUELA BRAGA FERNANDES

**UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA ATRAVÉS DO  
REALISMO DE JEROME FRANK: A ACEITAÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba para Qualificação como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Lorena de Melo Freitas

Área de concentração: Mestrado em Direito Econômico.

Linha: Direitos econômicos e sociais; Teorias da decisão e Sustentabilidade socioambiental.

JOÃO PESSOA

2015

Autora: Manuela Braga Fernandes

Título: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA ATRAVÉS DO REALISMO DE JEROME FRANK: A ACEITAÇÃO DA INCERTEZA NO DIREITO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídica – PPGCJ da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, Área de concentração Mestrado em Direito Econômico, como exigência para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Lorena de Melo Freitas.

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Lorena de Melo Freitas

Orientadora

---

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

(Avaliador interno)

---

Prof. Dr. Luciano da Silva

(Avaliador externo)

## **Dedicatória**

**Dedico este trabalho a todos aqueles que colaboraram para sua realização, meu marido, minha família, minha orientadora e meus colegas de pesquisa, que ofereceram todo o suporte que precisava para essa conquista.**

## **Agradecimentos**

**Ao meu marido**, por todo amor, companheirismo e pelo constante apoio as minhas decisões.

**A minha mãe**, pois não existe outra pessoa mais orgulhosa das minhas vitórias.

**A minha vó**, que me ensinou por exemplos e por quem tenho admiração imensurável.

**Aos meus irmãos**, a quem espero guiar através de bons exemplos.

**Aos meus amigos**, pelo constante apoio e incentivo.

**A minha orientadora**, pelo tempo despendido em meu auxílio e pelos conselhos tão valiosos, fatores imprescindíveis para a defesa deste trabalho.

**Aos grupos de pesquisa Realismo Jurídico e Marxismo e Direito**, pelas imensas oportunidades de engrandecimento acadêmico e por me aproximar de mentes tão brilhantes.

“I will never, if I can help it, place myself in the power of a man who can dispose of my head, when my honor and life depend on the skill of a lawyer more than on my innocence.” Jerome Frank<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 40.

## RESUMO

FERNANDES, Manuela Braga. **Uma análise do princípio da segurança jurídica através do realismo de Jerome Frank: a aceitação da incerteza no direito.** 2014. 100p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

O princípio da segurança jurídica é a expressão de certeza e ordem nas relações jurídicas. O princípio pode ser sinônimo de estabilidade, previsibilidade ou imutabilidade da legislação escrita e das decisões tomadas pelo poder judiciário. É através desse respeito às leis e decisões que o Estado mantém a ordem social. Com o respeito à norma ou, em outras palavras, a segurança jurídica, o Estado consegue garantir a segurança da vida e liberdades individuais dos cidadãos. Assim, a segurança jurídica é elemento assegurador de um dos principais objetivos do Estado – a segurança pública. Dessa forma, justifica-se a preocupação do direito em manter e promover o princípio da segurança jurídica. No entanto, é possível constatar que ele existe nesses termos de imutabilidade e previsibilidade? A resposta inicial deste trabalho concorda com o referencial teórico de Jerome Frank, para quem o direito é regido pela incerteza. A insistência na ideia de certeza jurídica treinou o jurista experiente para lidar com a flexibilidade da realidade usando locuções e construções racionais que permitem ratificar a segurança jurídica, de modo que ele corrobora a segurança e essa, por sua vez, mantém a própria ordem social.

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

## ABSTRACT

FERNANDES, Manuela Braga. **An analysis of the legal certainty principle through Jerome Frank's legal realism: the acceptance of uncertainty in lawmaking.** 100p. Master Thesis - Center of Legal Sciences, Federal University of Paraíba, João Pessoa.

The legal certainty principle is the expression of certainty and order in judicial affairs. The principle can be a synonym of stability, foreseeability and immutability of written legislation and decisions taken by judiciary power. It is through the respect towards the law and the sentences that the State maintains social order. With the respect of the law or, in another word, legal certainty, the State can assure life security and individual liberties to its citizens. Therefore, legal certainty is as assuring element of one of the main goals of the State – public security. In that manner it is justified the preoccupation of the law in maintaining and promoting the legal certainty principle. However, is it possible to verify that it exists in such terms of immutability and foreseeability? The initial response of this work agrees with the theoretical reference of Jerome Frank, to who law is ruled by uncertainty. The insistence on the idea of legal certainty has trained the experienced jurist to deal with the flexibility of reality using rational constructions that allow to ratify legal certainty so he corroborates it, and legal certainty helps maintaining social order itself.

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

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: DA SUA ORIGEM À DESCONSTRUÇÃO.....	15
1.1 A construção do conceito de segurança jurídica como herança contratualista.....	19
1.2 A utilidade do conceito de segurança jurídica para o Estado democrático de direito.....	26
1.2.1 A compreensão do princípio da segurança jurídica em todas as suas dicotomias.....	27
1.2.2 O Estado democrático de direito e o papel da segurança jurídica na sua manutenção.....	31
1.2.3 As limitações do princípio da segurança jurídica.....	36
2. FRANK E A INCERTEZA NO DIREITO: O MITO DA SEGURANÇA.....	43
2.1 Jerome New Frank.....	46
2.1.1 A influência da psicanálise nos estudos de Frank e o problema das testemunhas.....	48
2.1.2 Holmes, a teoria da predição e sua influência em Frank.....	52
2.1.3 As cortes em julgamento: a importância do <i>fact-skepticism</i> .....	57
2.2 O mito básico legal.....	65
3. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA DECISÃO JUDICIAL: O MÉTODO PRAGMÁTICO E A ACEITAÇÃO DA INCERTEZA.....	70
3.1 A questão dos elementos subconscientes: decisão judicial como decisão pessoal fundamentada em direito.....	72
3.2 A influência da ideologia pessoal do julgador para a decisão judicial.....	79
3.3 Posner e a indeterminabilidade do direito como fator de negação da certeza jurídica.....	88
3.4 A segurança jurídica, a incerteza e o Estado de direito: a compatibilidade dos conceitos.....	92
CONCLUSÕES.....	95
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

## INTRODUÇÃO

A partir da Idade Moderna a organização em cidades levou a reflexões acerca da formação desse novo estilo de sociedade. Assim surgiram os contratualistas para explicar que a conjugação em cidades e Estados era uma necessidade de segurança pública. Sem a proteção de Estados soberanos com um poder político concentrado, a sociedade viveria numa constante insegurança em relação à vida.

O poder político, então, era capaz de manter a proteção da vida e da ordem através da feitura de leis, regras de conduta que controlam as ações dos cidadãos dentro da sociedade. Com a legislação pronta, a segurança passa a ser mantida através do respeito a essas leis. O respeito às leis pode ser traduzido no princípio da segurança jurídica, posto que este é a observação da estabilidade e da previsibilidade na ordem jurídica.

No entanto, é realmente possível perceber, na análise da prática do direito, que o princípio da segurança jurídica se concretiza em termos absolutos de previsibilidade e estabilidade?

O referencial teórico do trabalho, o realista Jerome Frank, acredita que não, pois o direito é regido pela incerteza, a medida que é impossível prever uma decisão judicial sem compreender de todo o homem que a profere.

Com essas observações sucintas, apresenta-se a problemática do trabalho. O Estado existe para garantir segurança e essa segurança é feita através da lei. Assim, o respeito às leis é importante por uma questão de segurança pública. A pergunta que se quer responder é: se faz realmente necessário ter, de fato, segurança jurídica, ou é suficiente para os propósitos do Estado de direito a simples existência do princípio no ordenamento?

A hipótese inicial para essa pergunta é que o direito é regido pela incerteza e o discurso da segurança serve para garantir o domínio do Estado, de modo que ele possa manter a ordem e a estabilidade na sociedade.

Portanto, no intuito de solucionar o problema e confirmar a hipótese, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro capítulo vai-se entender o princípio da segurança jurídica. A princípio é necessário compreender como ele se origina de uma tradição jusnaturalista e contratualista. Foi a partir da ideia de que a segurança pública seria concretizada com a organização num Estado com poder

soberano concentrado a partir de parcelas de poder do povo que se criou a necessidade de um corpo legislativo. É esse corpo legislativo que a segurança jurídica nasce para manter.

Dessa forma, o princípio da segurança jurídica guarda proximidade com o Estado de direito. A segurança jurídica é um princípio fundante do Estado, ele nasce para garantir segurança pública através da lei e mantém a segurança através da manutenção da própria lei. Da mesma forma, a confiança dos cidadãos no Estado é fundamentada na capacidade que ele tem de mantê-los seguros. Assim, a segurança jurídica não é só fundante do Estado, mas também é peça fundamental para sua manutenção.

O conceito de princípio da segurança jurídica, que será amplamente discutido no tópico 1.2.1, se dá em duas dimensões. A segurança jurídica é evidenciada através de seu viés jurisprudencial quando se pode perceber previsibilidade nas decisões judiciais. Da mesma forma, seu viés legal é demonstrado quando há respeito pelas regras temporais das normas e o cidadão pode ter certeza que a legislação não será arbitrariamente alterada em seu desfavor.

Com esses conceitos definidos é possível, a partir dos tópicos seguintes, compreender como a estabilidade e previsibilidade são conceitos importantes, ambos para os indivíduos que precisam confiar que o Estado é capaz de sanar as injustiças que lhes foram cometidas, como para o próprio Estado que precisa da confiança dos cidadãos para ser capaz de manter a ordem e a paz.

O que se questiona, no entanto, é se esses parâmetros de previsibilidade e estabilidade são assim concretizados em termos absolutos. Jerome Frank, referencial teórico do trabalho, é um teórico realista estadunidense que dedicou sua carreira e suas obras a compreender o papel da incerteza no direito. Por muitas vezes foi considerado um radical em razão de não ter receio de admitir que o direito é, de fato, indeterminável.

A imprevisibilidade do direito adviria não de qualquer defeito da legislação, mas da dificuldade que é a determinação dos fatos ainda na 1ª instância. Para Frank é impossível determinar como o magistrado vai registrar, analisar e proceder em relação às provas que tentam definir os acontecimentos fáticos que acarretam os litígios.

Assim, o segundo capítulo vai compreender a teoria de Frank e seus motivos para acreditar na impossibilidade de prever o direito. Quando se fala em previsão do direito se está partindo da premissa que a decisão judicial é, ao menos para aquele caso concreto, o direito. Portanto, é impossível dizer qual a decisão de cada magistrado em cada processo que surge na ordem jurídica. A maior dificuldade apontada por Frank é que a decisão judicial guarda consigo as idiosincrasias de quem as profere. Existem aspectos psicológicos, políticos e econômicos, além dos próprios preconceitos e peculiaridades dos indivíduos que condicionam cada análise probatória e, com isso, não se pode dizer como o juiz definirá os fatos.

O que Frank admite existir, no entanto, é o que ele chama de *standards* de valores de vigência coletivo, que são padrões de pensamento e comportamento que regem a maneira de, muitas vezes, o magistrado agir. Assim, certos comportamentos são repetidos em razão de uma suposição social de que assim serão. Esses *standards*, ensina Frank, servem como evidências de previsibilidade, o que indicaria a concretização de segurança jurídica.

Além disso, Frank questiona a necessidade individual de acreditar que o Estado de direito é capaz de manter ordem, estabilidade e previsibilidade. Como discípulo de Freud, Frank analisa a questão a partir da psicanálise e conclui que o direito é um *father substitute*. A sociedade, através de cada indivíduo particular, sente um vácuo de autoridade a partir da maturidade e da conclusão da falibilidade paterna. Assim, advém a necessidade de substituir a autoridade paterna da infância pela autoridade do direito. O direito serve, então, para garantir o mesmo sentimento de segurança, ordem e estabilidade que a autoridade do pai antes fazia.

Compreendendo o direito a partir desse ponto de vista é possível perceber que, mesmo admitindo que o conceito de segurança jurídica como expressão de estabilidade e previsibilidade é limitado pela percepção dos fatores de ordem subjetiva que influenciam a determinação dos fatos, ele ainda cumpre papel relevante para a organização do Estado e imaginário social. Limitado ou não, o princípio da segurança jurídica é uma necessidade de cada indivíduo, que precisa da noção de autoridade para se sentir seguro. Da mesma forma, é uma necessidade do Estado, que precisa dele para criar a noção de segurança e manter a ordem.

Assim, a concretização absoluta do princípio é menos importante que a manutenção da sua ideia para que seus efeitos sejam determinados. Sua mera expressão, e não necessariamente concretização, é suficiente para que produza efeitos, isto é, preencha a lacuna de autoridade do indivíduo e mantenha a autoridade do Estado.

Nesses termos, o terceiro capítulo se debruça sobre três teóricos realistas, ou de influência realista, que se dispuseram a compreender os fatores psicológicos, políticos e econômicos que permeiam a decisão judicial. Nem sempre concordando com Frank, esses pensadores não deixaram de ser influenciados por ele, de modo que também entendem a decisão como um processo subjetivo, em que não se pode dispor de previsões.

Benjamin Cardozo, um dos principais realistas norte-americanos, dedicou-se a compreender como as crenças, filosofias e preconceitos dos magistrados poderiam influenciar a decisão de um processo. Assim o fez, no entanto, sem desvincular o magistrado da necessidade de associar-se ao precedente. Portanto, as oportunidades legislativas do juiz, para Cardozo, se davam pontualmente diante de uma lacuna legal.

Com isso, Frank discordava de Cardozo, pois aquele acreditava que a verdadeira discussão realista acerca dos processos se dava não em relação a norma, mas aos fatos, e Cardozo falhou em analisar a 1ª instância, concentrando seus esforços nas cortes superiores. De qualquer forma, ambas as ideias são exemplificativas das dificuldades de se concretizar um princípio da segurança jurídica em termos de estabilidade e previsibilidade como se propõe a dogmática jurídica.

Em seguida, passa-se a conhecer o *Critical Legal Studies*, uma corrente de pensamento na teoria do direito estadunidense que se debruça sobre a importância que a política tem para os julgadores e, com isso, para o próprio direito. Para eles, o magistrado é componente de uma classe com ideologia social, econômica e política definidas e, por isso, decidiria de acordo com os interesses dessa classe.

Para Frank, não é a ideologia política definidora da percepção do magistrado, mas as peculiaridades individuais que podem ou não ser condicionados por uma ideologia. Assim, Frank discorda do CLS, a medida que compreende as dificuldades de manter uniformidade ou previsibilidade na decisão a partir de características mais individuais. De qualquer forma, ambos não

falham em demonstrar as dificuldades de se manter uma teoria decisional fundamentada no princípio da segurança jurídica, pois esta parte do paradigma da previsibilidade.

Em seguida vai-se entender a tradição de Posner, teórico do *law and economics*, que dedicou-se sobre a influência da economia na decisão judicial. Para Posner, cada juiz é um indivíduo com suas peculiaridades e suas percepções, que se dão condicionadas pelas suas particularidades. Dessa forma, fica impossível prever as sentenças e esse é fator fundamental que corrobora a ideia de incerteza no direito.

Posner aponta ainda que a dificuldade de se ter certeza no direito é muitas vezes reconhecida e incorporada ao sistema jurídico dogmático como algo benéfico. É o caso da previsão de absolvição nos processos penais em que há dúvidas sobre autoria e circunstâncias do crime. O sistema incorpora a incerteza, prevê uma decisão para quando ela é constatada e dá o caso por encerrado, transformando essa aparente falta de segurança em algo positivo do ponto de vista formal.

Portanto, desde já é possível revelar que as referidas análises permitem concluir que a hipótese inicial do trabalho foi confirmada, a medida que as observações de Frank servem como fundamento para concepção da incerteza no direito, bem como a teoria que o segue mantém a mesma linha de pensamento.

A segurança jurídica é um discurso que garante a segurança pública. Por que só um discurso? Por que o direito é regido pela incerteza e o equilíbrio proposto pelo respeito a legislação, pela estabilidade e previsibilidade das decisões, não existe, o que existe é o medo de perdê-lo.

Assim, o princípio da segurança jurídica, em razão da incerteza, não é absolutamente concretizado, mas serve como um discurso imprescindível para o Estado e para manutenção da ordem.

## 1. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA: DA SUA ORIGEM À DESCONSTRUÇÃO

A segurança jurídica foi construída como uma prioridade da política moderna em meio a necessidade de manutenção da ordem, como se verá a partir do próximo tópico. Na tentativa de garantia de estabilidade social são criados poderes legitimados para controlar. Esse controle se dá através da formulação de leis e, com isso, do direito<sup>1</sup>. Dessa forma, a segurança jurídica, a medida que protege a manutenção da ordem legal, serve para garantir a ordem social.

Além da garantia da ordem social a segurança jurídica não falha noutro propósito: o controle dos cidadãos<sup>2</sup>. A manutenção da ordem é, em outras palavras, o exercício do controle de um poder sobre aqueles que o legitimaram. O próximo tópico do presente capítulo se propõe a explicar com detalhes esse fenômeno que se inicia com a legitimação de um poder e culmina na proteção da segurança jurídica.

A origem da ideia de segurança remonta do provérbio romano “*salus publica suprema lex*” (“a salvação do povo é a lei suprema”)<sup>3</sup>, em que a legislação é apresentada como ferramenta de garantia da sociedade, nos mesmos termos da segurança jurídica de hoje. Interessante perceber, no entanto, que na república romana, apesar da valoração da lei, em casos que se configurasse a necessidade, seria possível confiar plenos poderes a um magistrado, o ditador<sup>4</sup>. Nota-se então, que mesmo num governo de valorização das leis, ainda se admitia o papel fundamental do intérprete em determinados casos concretos. Essa observação não se distancia da conclusão que se pretende chegar neste trabalho, de que o direito é regido pela incerteza, em razão do papel fundamental que o magistrado tem na concretização da lei.

Para Michel Foucault a origem da segurança contemporânea está na economia moderna. A partir de Quesnay e dos fisiocratas os Estados absolutistas

---

<sup>1</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 119.

<sup>2</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 20/02/2014.

<sup>3</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 26/02/2014.

<sup>4</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 26/02/2014.

passaram a entender que sua soberania deveria zelar pela segurança dos súditos. Um dos principais problemas da época era a escassez de alimentos, provocando fome. A economia moderna ensinou a deixar as medidas preventivas que não se mostravam suficientes para sanar os problemas e deixá-lo acontecer, governando a situação quando ocorresse<sup>5</sup>. O soberano estaria, dessa forma, proporcionando segurança para os súditos não através da prevenção de problemas, mas na capacidade de canalizá-los e pilotá-los numa determinada direção.

A lógica proposta é que, se é ineficiente e custosa a prevenção, é mais seguro lidar com o problema, governar os efeitos. Tome-se o exemplo da biometria. Ela nasceu na França no século XIX, com a criação da fotografia signalética e das medidas antropomórficas, de modo a se construir o retrato falado, proporcionando uma descrição fiel de indivíduos. Logo em seguida desenvolveu-se a técnica das impressões digitais. Esses mecanismos são bastante úteis para a resolução de crimes, que se mostra um dos principais problemas e desafios dos governantes. Ora, diante da ciência que desenvolve a técnica do retrato falado e da impressão digital é mais seguro para a sociedade que o soberano passe a investir menos na prevenção do crime e mais na investigação criminal<sup>6</sup>.

A segurança a que Foucault se refere, vale dizer, é a segurança que os indivíduos sentem vivendo em sociedade, uma segurança primária no sentido de se manter a vida. A ideia que se traz aqui, mais adiante, é que, com os contratualistas, a necessidade de se manter seguro na vida em sociedade, ensejando um corpo legislativo a ser respeitado, culmina na proteção da segurança jurídica. As leis promulgadas por governantes promoveriam a segurança do homem em sociedade.

O Estado democrático de direito de hoje, com a proteção do seu corpo de leis pode ser confundido com um Estado de controle. Se o Estado de direito nasceu com a instituição de um poder legitimado para criar leis e garantir paz no propósito de ordenar e disciplinar, hoje gerencia esse corpo legislativo e controla a sociedade.

A repressão dos governos a manifestações públicas de insatisfação são evidência da opção administrativa do Estado de gerenciamento e controle. O Brasil

---

<sup>5</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 78.

<sup>6</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 26/02/2014.

desde junho de 2013 pôde testemunhar uma ação policial que, sob o manto de manutenção da ordem, reprimiu. A ação policial foi deliberada no sentido de incitar violência para justificar a resposta de repressão. Da mesma forma, em 2008, em Gênova, durante reunião do G8, a forte onda de protestos foi tão violentamente reprimida que causou uma morte. Mais tarde, um funcionário da polícia italiana declarou que as orientações do governo não eram para manter a ordem, mas gerar desordem<sup>7</sup>. Esse tipo de postura da polícia vai servir ao propósito de gerenciamento de massas e controle através de uma forte resposta repressiva.

Nota-se então que o discurso da segurança jurídica está bastante aproximado da questão da segurança pública. O berço da segurança jurídica é justamente a ideia de se ter segurança na sociedade ou, em outras palavras, segurança pública.

Foucault alerta que toda a temática da segurança começa com a discussão sobre o meio. O meio nada mais é que uma série circular de causas e efeitos gerada pela aglomeração desornada de pessoas, que estrutura as cidades e a maneira de se construir a sociedade. Para ele, a questão da segurança começa na formação das cidades. No início, o ajuntamento de indivíduos sem qualquer estrutura provocava miasmas, já que não havia coleta de lixo ou rede de esgoto. Com miasma se tinha muitas doenças endêmicas que, por sua vez, causavam mortes. Com muitas mortes e nenhuma estrutura organizada para destinação de corpos, mais miasma<sup>8</sup>.

Esse círculo de causa e efeito em que um efeito volta a se tornar causa do outro fundamenta a vontade de segurança. O anseio por segurança é expressado hoje, como se defende, através da segurança jurídica e da ideia de certeza nas relações entre indivíduo e Estado ou entre indivíduo e outro indivíduo regulada pelo Estado.

A ideia na segurança jurídica é que um governo organizado possa contornar essas situações desagradáveis da vida social. A maneira que esse governo pode assim fazer dentro do Estado democrático de direito é através da lei. Por isso a sensação de dependência dos cidadãos em relação à legislação e manutenção e respeito das normas escritas.

---

<sup>7</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Como a obsessão por segurança muda a democracia**. Le Monde, 06 de janeiro de 2014. <http://diplomatie.org.br/artigo.php?id=1568> Acesso em 26/02/2014.

<sup>8</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 24.

A forma de se manter o domínio da lei com a segurança é através da imposição da ideia de que aquele que não respeita essas leis não pode fazer parte da comunidade. Foucault usa como exemplo a questão da escassez de cereais em cidades do século XVIII. Quando há falta de comida o governo pode controlar a distribuição e pedir que a população aceite temporariamente os preços elevados, comprando pouco ao atravessar o período de fome, até que a situação se normalize. Supõe Foucault, em seguida, que certo número de pessoas não aceita a situação e se apropria do estoque de mantimentos sem pagar. Certamente haveria revolta e desordem. Ele completa, então, que a conclusão para essa situação é o pensamento jurídico tradicional e – como se verá a seguir, jusnaturalista - que valoriza a segurança jurídica. O que ele diz é que o indivíduo que vive em sociedade assinou o contrato social e por isso aceita as leis promulgadas pelo soberano. Ao violar essas leis, rasga o contrato social e deve ser punido e exilado através da lei penal<sup>9</sup>. Assim está garantida a manutenção da legislação, pensada para manter a ordem.

Como demonstra Foucault, as primeiras noções de segurança surgiram a partir da modernidade, com a organização dos indivíduos em cidades desestruturadas e a posterior constatação da necessidade de se ter um controle para manter a ordem e, com isso, a segurança dessa população.

Sendo assim, é pertinente dizer que a necessidade moderna de segurança vai ser moldada pela nova corrente filosófica ascendente na mesma época, o jusnaturalismo. Os filósofos jusnaturalistas, que estiveram presentes nesses mesmos séculos XVII e XVIII, racionalizaram o fenômeno social que testemunharam e iniciaram a cadeia de ideias que culmina com a proteção através da lei e, mais tarde, a proteção da própria lei – a segurança jurídica.

No intuito de entender esse conceito sob todas as suas vertentes, vai-se agora dedicar a compreender como se deu a origem da segurança jurídica a partir da abordagem da supracitada corrente filosófica.

---

<sup>9</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.58.

## 1.1 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 Moderna<sup>10</sup>. Hobbes, Locke e Rousseau discutiam eminentemente questões de direito público, entrando na problemática da necessidade de segurança pública, como se verá.

Os novos Estados modernos encontraram nessa corrente filosófica os termos para sua organização. Assim, para entender a origem da segurança jurídica é preciso compreender os moldes com que foi criada. Os parâmetros da segurança jurídica 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 interpretação<sup>11</sup>. 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 natureza<sup>12</sup>.

O direito natural, especialmente o de Hobbes, tem o comportamento humano como cerne da questão<sup>13</sup>, 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

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 14.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 20.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 22.

<sup>13</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 85.

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 iguais<sup>14</sup>. O contrato de Epicuro visava a conveniência; os contratantes estariam desfrutando de uma tranquilidade entre si, sem qualquer espécie de submissão, já que num contrato entre iguais há igualdade de interesses.

Epicuro apresentava ainda um jusnaturalismo mais mitigado. Ele não reconhecia um direito com validade por natureza para todos os homens ou que já existiria antes dos tempos. Seu direito natural vai se construindo com tempo e através das leis, ganhando validade com a construção do direito. Resta ainda dizer que esse direito só será válido até o ponto que continua servindo os homens que o criaram e, mais especialmente, à sua segurança. O objetivo da realidade é garantir a imperturbabilidade e assim se faz com justiça, que é nada mais um pacto de não prejudicar ou ser prejudicado pelo outro, de modo a não afetar o equilíbrio do espaço em volta<sup>15</sup>.

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 abstração<sup>16</sup>. 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 ilimitada<sup>17</sup>, 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

---

<sup>14</sup> BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 66.

<sup>15</sup> EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995, p. 97.

<sup>16</sup> BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 50.

<sup>17</sup> POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998, p. 131.

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 direitos<sup>18</sup>. 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 obediência<sup>19</sup>. Nota-se que Hobbes é afeito do absolutismo próprio do século XVII.

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

Hobbes 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 destrutivos<sup>20</sup>.

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

---

<sup>18</sup> BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 119.

<sup>19</sup> BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 119.

<sup>20</sup> CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad: la ciudad biopolítica**. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010, p. 67.

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 geral<sup>21</sup>.

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 popular<sup>22</sup>. O governo deve sua existência à delegação de poder e está submetido às disposições do único soberano: o povo.

O homem no estado de natureza de Rousseau, apesar de feliz, não é livre, pois é escravo de seus próprios instintos. Com o contrato social e a instituição da sociedade civil o homem não é livre se obedece às leis, mas é possível torna-lo livre dentro desse sistema se essas leis forem postas por ele mesmo. A transferência do direito de liberdade para o poder político, que se dá na transição do estado de natureza para sociedade civil, deve servir para dar a todos esses novos cidadãos leis que eles mesmos teriam se colocado<sup>23</sup>.

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 povo<sup>24</sup>. Se Hobbes acreditava no governo monárquico

---

<sup>21</sup> BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 141.

<sup>22</sup> BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe González Vicén. Madrid: Dykinson, 2011, p. 142.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 71.

<sup>24</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 75.

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 representativa<sup>25</sup>. 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.

Para Kant<sup>26</sup>, 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

---

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 86.

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008, p. 10.

segurança. Ele diz ainda que a dependência de todos em relação à lei é mais importante que a igualdade e a liberdade absolutas<sup>27</sup>, 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 promovia<sup>28</sup>. 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, instituiu-se um estado de guerra<sup>29</sup>. Dessa forma, também para Rousseau o estado de natureza é um estado negativo, apesar de diferenciado do hobbesiano.

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

Desde a *República* de Platão já se tinha a ideia de que, se todos os homens agem de acordo com sua natureza primitiva, provocam uma situação de intolerância para a maioria. A maioria, então, resolve fazer um acordo, entendendo

---

<sup>27</sup> KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Lusosofia, 2008, p. 11.

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 52-57.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 56.

que todos estariam melhores se resolvessem não causar mais danos uns aos outros. Assim, começaram a formular leis e aí nasceu a ideia de justiça<sup>30</sup>. 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 vida<sup>31</sup>. 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 justo<sup>32</sup>, por isso Hobbes repudiava a *common law*<sup>33</sup>.

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 principio 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

---

<sup>30</sup> 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, p. 129.

<sup>31</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 98.

<sup>32</sup> DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 91.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 92.

que se infere dos diversos manuais de direito, que ensinam a segurança jurídica como algo natural e basilar na organização em sociedade<sup>34</sup>. 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.

## 1.2 A UTILIDADE DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

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

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

---

<sup>34</sup> 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.

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

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

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

A segurança jurídica é, hoje, um dos pilares sobre os quais se fundamenta o Estado de direito<sup>35</sup>. 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

---

<sup>35</sup> ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005, p. 125.

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 sentimento de previsibilidade<sup>36</sup>. 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 prejudicá-lo<sup>37</sup>. 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 outros<sup>38</sup>.

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

---

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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.

jurisprudencial desse princípio. A exigência de calculabilidade ou de predição da decisão, ou mesmo previsibilidade, garante um sistema com segurança jurídica<sup>39</sup>.

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.

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 acompanhar<sup>40</sup>.

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

---

<sup>39</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 264.

<sup>40</sup> 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.

de conhecer suas origens<sup>41</sup>. 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 Judiciário<sup>42</sup>. 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 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 jurídica<sup>43</sup>: se o cidadão segue as regras de processo, conhece a lei, bem como a jurisprudência em casos parecidos, pode ter confiança quanto ao resultado e aí se tem segurança jurídica. Toda a construção da segurança no Estado de direito segue no intuito de garantir estabilidade e previsibilidade no processo judicial.

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

O valor que pode ser retirado da segurança jurídica é o de permanência no tempo. Essa permanência é 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 direito<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> 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>>

<sup>42</sup> ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 143.

<sup>43</sup> ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005, pág. 142.

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005, pág. 143.

A confiança dos cidadãos em que os atos do poder público 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.

### 1.2.2 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 governados e governantes<sup>45</sup>. O constitucionalismo foi a técnica encontrada pela burguesia para assegurar o exercício dos seus direitos individuais impondo ao Estado limites e garantindo a inviolabilidade<sup>46</sup>.

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 individuais<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política, vol.1**. Brasília, Ed. UNB, 11ªed, 1998, pág. 258.

<sup>47</sup> 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.

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 legislação<sup>48</sup>. 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 participativo e o reconhecimento universal de direitos que a nova ordem pós-guerra demanda<sup>49</sup>. 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

---

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.

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 poderes<sup>50</sup>.

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 responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.<sup>51</sup>

Assim, como afirma Canotilho, tem-se que é 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.

---

<sup>50</sup> 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.

<sup>51</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina: 2009, p. 252.

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 eivados 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

autoritário<sup>52</sup>. 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 predizer 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 caos<sup>53</sup>. 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.

---

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires, Centro Editor da America Latina: 1968, p. 48.

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 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.

### 1.2.3 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 político<sup>54</sup>.

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

---

<sup>54</sup> CAVALLETTI, Andrea. **Mitología de la seguridad**: la ciudad biopolítica. Trad. María Teresa D'Meza. Buenos Aires: Andea Hildalgo, 2010, p. 104.

permite acreditar na força autônoma da sua atividade reflexiva. A autoconsciência cria e corrobora a si mesma<sup>55</sup>.

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 consciência<sup>56</sup>.

Assim, o paradigma normativo da modernidade é resultado da estrutura reflexiva auto afirmativa, sem mais necessidade de uma justificação divina<sup>57</sup>. 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,

---

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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.

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, como se verá adiante, a segurança jurídica em todos os seus aspectos 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.

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 sociedade<sup>58</sup>.

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<sup>59</sup>. 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.

---

<sup>58</sup> FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como retórica de justificação: o direito como uma linguagem entre ideologia e verdade.....????**

<sup>59</sup> FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como retórica de justificação: o direito como uma linguagem entre ideologia e verdade.....????**

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 sucessivas<sup>60</sup>. Porém, no melhor intuito de garantir o que é justo no caso concreto é possível permitir que a verdade tome para si noções de veracidade e verossimilhança, trabalhando-a por um viés de menos certeza e mais adequação de acordo com a necessidade concreta<sup>61</sup>. 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.

Para James a verdade depende unicamente do interlocutor<sup>62</sup>. 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 fé<sup>63</sup>, ao contrário de Peirce, que preceitua que não se pode acreditar em algo que não pode ser constatado através de análise intelectual.

---

<sup>60</sup> FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como retórica de justificação: o direito como uma linguagem entre ideologia e verdade.....???**

<sup>61</sup> FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como retórica de justificação: o direito como uma linguagem entre ideologia e verdade.....???**

<sup>62</sup> JAMES, William. **Pragmatism's Conceptions of Truth**. New York: Dover Publications, p. 86.

<sup>63</sup> STROH, Guy H. **A Filosofia Americana: uma introdução (de Edwards a Dewey)**. Trad. Jamir Maritns. Ed. Cultrix: São Paulo, 2009, p. 184.

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 existe<sup>64</sup>. 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.

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 carne<sup>65</sup>. 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.

---

<sup>64</sup> WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007, p. 42

<sup>65</sup> WAAL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007, p. 43.

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 paradigmas<sup>66</sup>.

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 tivessem coisa julgada, mas apenas através de prova documental e testemunhal poderiam ter sentença final alterada com a depender do resultado do exame de DNA<sup>67</sup>.

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.

---

<sup>66</sup> FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como retórica de justificação: o direito como uma linguagem entre ideologia e verdade.....???**

<sup>67</sup> 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](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113222)> Acesso em 10/03/2014.

Nesses termos, é proposto que a segurança jurídica deve ser compreendida como uma categoria metafórica do direito, uma proposição que garante o bom funcionamento do Estado, mas relativo e imperfeito.

Para defender essa tese vai se tomar como referencial teórico o filósofo realista norte-americano Jerome N. Frank.

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

O próprio senso comum mantém postura de suspeita em relação à segurança jurídica. Ernst Bloch discorreu sobre isso quando explicou sobre o que ele chama de *sentimento jurídico*, aquela situação em que o demandante entende que seu fundamento de acusação ou defesa é fraco, mas resolve insistir, pois, em seu íntimo, compreende que a decisão judicial pode reverter-se em seu favor<sup>68</sup>. Em outras palavras, não é absolutamente seguro o resultado de um processo jurídico e essa premissa está incutida no imaginário do homem comum. Por mais justo que determinado resultado possa parecer não há que se dizer com certeza qual caminho será tomado pelo julgador.

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

Outra evidência disso está na análise da literatura de Franz Kafka, escritor nascido no então Império Austro-Húngaro, que viveu de 1883 a 1924 e devotou sua obra para demonstrar a vulnerabilidade do indivíduo junto ao Estado. Muitas concepções de direito também estão presentes em obras literárias, pois a literatura reflete a sociedade e pode servir como lente de aumento para enxergar os conceitos e as críticas ao modo a se construir o ordenamento jurídico.

A obra *Antígona*, de Sófocles, escrita em 442 A.C, é exemplo literário recorrente nas academias de direito até os dias de hoje para discutir direito natural e positivo. Se um texto da Antiguidade é considerado exímio parâmetro para discussões de direito atuais, certamente que um escritor da modernidade também pode ser. As reflexões acerca da obra de Kafka tornam-se especialmente mais contundentes se considerado que ele tinha formação em Direito e trabalhou como advogado.

Para a literatura de Kafka o problema da insegurança do sujeito nas suas relações com o Estado está na burocracia estatal, que ceifa o indivíduo de relações equitativas. Em razão da demasiada burocracia o sujeito fica a mercê do domínio

---

<sup>68</sup> BLOCH, Ernst. *Derecho natural y dignidade humana*. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 55.

do Estado de direito, que trata o cidadão com toda a liberalidade de um Estado despótico.

Essa personificação do Estado de direito como um Estado despótico demonstra um ordenamento jurídico sem qualquer garantia de segurança jurídica, pois o indivíduo serve ao poder soberano. Esse sentimento colocado na ficção de Kafka seria aquele mesmo dividido pelos cidadãos, já que a literatura reflete o pensamento da sociedade. Assim, apesar de toda a proposta de formação do Estado com fundamento numa segurança jurídica, não é assim que os sujeitos dentro da sociedade se sentem em relação ao próprio Estado.

Isso pode ser exemplificado no livro *O Processo*, em que o personagem Josef K. é investigado, acusado, julgado, sentenciado e executado sem nunca ter sabido qual crime supostamente cometeu<sup>69</sup>. Mais que isso, Josef K. nunca entendeu os parâmetros do processo no qual era parte nem mesmo conheceu os sujeitos de acusação.

Nessa obra, a burocracia estatal é um dos personagens principais. Os policiais, juízes e outros funcionários do Poder Judiciário seguem as regras, mas não sabem dizer de onde vieram as ordens. A hierarquia das normas se alonga indefinidamente, de modo que quem ordena não pode mais ser identificado. Dessa forma, tanto as partes do processo quanto os funcionários que o constroem não compreendem a trama da qual fazem parte. Com todo esse distanciamento, é mesmo possível dizer que um litigante tem condições de prever o resultado final de uma lide?

Já foi estabelecido que a segurança jurídica serve como meio do Estado de direito garantir segurança pública. Como falar, então, que esse Estado cumpre de fato sua obrigação de segurança quando o termômetro da sociedade, a literatura, indica que o indivíduo que se vê como parte do processo não compreende a situação em que está? Certamente que Kafka incorpora na sua obra um caráter onírico, que extrapola a realidade. No entanto, é justamente esse tipo de liberdade literária que permite ao leitor um olhar mais aguçado e crítico acerca das instituições da sociedade.

Ainda melhor para trazer a crítica da segurança jurídica através da literatura kafkiana é tomando-se o conto *Josefine, a Cantora* (também chamado A

---

<sup>69</sup> KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

*Colônia dos Ratos*). A história da grande cantora, adorada, aclamada e endeusada por todos e que, por isso, pode desafiar as leis, coloca em risco a própria segurança coletiva, como diz Kafka “...*Josefine está quase acima da lei, que pode fazer o que bem entende, até mesmo comprometer a segurança da coletividade, e que tudo lhe é perdoado*”<sup>70</sup>. Esse poder é dado a Josefine pelo próprio povo que permite que seus desejos se sobreponham ao deles, colocando em risco a segurança. Logo, a sociedade legitima um poder que acaba por pôr em risco a própria sociedade.

Como já mencionado, a literatura de Kafka traduz o imaginário popular através dos filtros de elementos fantásticos. A cantora Josefine pode ser a personificação do Estado ou a representação de um indivíduo componente do Estado, que em razão da própria ingenuidade do povo, tem o condão de desviar as regras legais e comprometer a segurança pública, o que evidencia o medo e insegurança da sociedade na manipulação do direito pelo Estado.

Esses são diagnósticos feitos por Kafka do que se pode observar dentro da sociedade e evidenciam um sistema construído dentro dos parâmetros de segurança jurídica, mas em que esta não se solidifica nos termos em que é pensada.

O próprio Jerome Frank, sobre o qual há de se discorrer a seguir, devotou-se a investigar a literatura de Kafka para compreender o sistema jurídico. O que chamou a atenção de Frank nessa literatura foi a apatia dos operadores do direito diante dos defeitos do sistema. Todos os advogados, juízes, escrivães e até policiais retratados por Kafka guardam nenhuma atitude de melhoria diante da burocracia inexpressiva que seguem<sup>71</sup>.

No entanto, se todos esses questionamentos servem para reforçar a ideia de que não há certeza absoluta no direito, ninguém mais qualificado para discorrer sobre a questão da incerteza no direito que o filósofo realista norte-americano Jerome N. Frank. Passa-se agora a entender o referencial teórico do trabalho e seus questionamentos acerca da noção de certeza no direito, de modo a demonstrar o raciocínio da incerteza no direito e provar a hipótese inicial proposta.

---

<sup>70</sup> KAFKA, Franz. *Josefine, a Cantora*. In: Um artista da fome. Porto Alegre: L&PM, 2012.

<sup>71</sup> FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 90.

## 2.1 JEROME NEW FRANK

Jerome N. Frank foi uma das figuras mais representativas do realismo jurídico norte-americano. Muitas vezes apresentou posicionamentos extremos em relação aos seus companheiros, ganhando a alcunha de radical. Ele teve uma extensa carreira jurídica a medida que trabalhou em todas as esferas do Poder Judiciário: no setor administrativo, na advocacia e, mais tarde, como juiz, bem como ocupou cargos públicos e acadêmicos. Ele mencionava com orgulho que essa experiência em tantos setores proporcionou uma percepção fiel da realidade jurídica<sup>72</sup>.

Frank ficou conhecido pelas inserções da psicanálise freudiana nas suas observações acerca do direito e da decisão judicial<sup>73</sup>. Criou conceitos que ficaram populares na doutrina americana, como *fact-skepticism*, *basic legal myth*, *father substitutes* ou *valorative standards*. Esse capítulo se propõe a desvendar todos esses termos bem como suas principais ideias acerca do direito na tentativa de provar verdadeira a hipótese de que o direito é regido pela incerteza.

Frank foi chamado de radical não sem dar causa para essas acusações. Seus companheiros de realismo jurídico, eminentemente Benjamin Cardozo e Oliver Wendell Holmes, foram teóricos céticos, mas moderados, adotando posicionamentos descritivos acerca do direito, como é da natureza do próprio realismo jurídico. Frank, por outro lado, não se conteve em diagnosticar situações, muitas vezes encerrando suas obras com uma lista de proposições de alterações de institutos e fórmulas do direito.

A intenção deste trabalho é apresentar esse importante pensador do direito e usar suas observações para teorizar sobre o problema proposto, bem como confirmar a hipótese de trabalho. Mas nessa tarefa não se exime de adotar posição crítica em relação ao referencial teórico, permitindo-se, se necessário, discordar de suas ideias.

Uma das dificuldades ao se trabalhar com o realismo jurídico está no trabalho de associação entre as características do *common-law*, sistema jurídico em que o realismo está inserido, e a *civil-law*, o sistema brasileiro. Apesar de se ter

---

<sup>72</sup> GLENNON, Robert Jerome. *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 28.

<sup>73</sup> GLENNON, Robert Jerome. *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law*. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 29.

realidades forenses distintas as proposições realistas seguem uma linha de pensamento facilmente traduzida para o *civil law*. Questionamentos acerca dos aspectos psicológicos que transbordam no momento da decisão são facilmente colocados num sistema de precedentes ou de legislação escrita.

Frank pensou dentro da cultura do *common law*, mas suas observações servem, como será demonstrado, ao sistema brasileiro, a partir do momento que o procedimento de feitura da decisão dentro dos dois sistemas comparados é o mesmo, divergindo apenas na forma em que o fundamento legal da decisão (precedente ou lei) é instituído.

Da mesma forma, importante mencionar, mesmo que de passagem, a dicotomia entre descritivismo e prescritivismo que existe no estudo da teoria do direito. Essa diferenciação é importante porque Frank, ao contrário da maioria de seus colegas realistas, foi um prescritivista.

O prescritivismo investe no dever ser dos objetos, ao invés de apenas de dedicar a estudar o que são. Com isso, as análises prescritivas são carregadas de valores que se deseja instituir e, por isso, carregadas de sentimentos<sup>74</sup>. Faz-se a ressalva, no entanto, de que não toda a teoria de Frank tem natureza prescritivista. Ele começa suas ideias a partir da análise descritivista do direito para, tomadas as conclusões dentro desses parâmetros, determinar certos valores que considera interessante para a melhoria daquela situação descrita. De qualquer forma, é uma idiossincrasia do referido teórico que vale a menção de modo a melhor compreendê-lo.

Importante ainda mencionar que, pesar de um dos mais importantes realistas, Frank não pode ser colocado como fundador da corrente. Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte americana de 1902 a 1932, foi um dos percussores do realismo e uma das principais influências de Frank. Ao lado de Freud, Holmes moldou o pensamento de Frank<sup>75</sup>, levando-o um passo mais adiante nas conclusões acerca das decisões judiciais.

Assim, esse tópico 2.1 tenta compreender as influências de Frank e desvendar aquelas ideias inspiradas pelos teóricos da psicanálise e do direito,

---

<sup>74</sup> FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Direito e filosofia da práxis: a teoria do direito entre prescrição e descrição**. In: *Marxismo e direito*, Org. Conpedi 2014. Coord. Enoque Feitosa Sobreira Filho, Enzo Bello, Paulo Henrique Tavares da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

<sup>75</sup> GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 34.

Freud e Holmes, bem como entender o desenvolvendo de suas próprias ideias a partir do conceito de *fact-skepticism*.

### 2.1.1 A influência da psicanálise nos estudos de Frank e o problema das testemunhas

A principal obra de Frank, *Law and the modern mind*, foi resultado do período em que este passou estudando psicanálise após ele mesmo fazer terapia em razão dos problemas com seu pai, que o empurrou numa carreira jurídica que, a princípio, o fazia infeliz<sup>76</sup>.

Com esse histórico e influência da psicanálise, ele percebe a importância que as características individuais do julgador têm no resultado da decisão final. Assim, com essa admissão, ele acredita que é necessário se conhecer melhor para julgar melhor, de modo que as influências subjetivas sejam percebidas pelo consciente.

Frank criou o termo *juiz maduro* para se referir àquele que conhece a lei, reconhece os fatos e admite que tem diante de si, a depender das peculiaridades do caso, uma oportunidade em que precisa legislar<sup>77</sup>. Para ele essa é uma das responsabilidades de ser magistrado. A psicanálise então seria um instrumento para o amadurecimento do juiz.

O fato é que Frank acreditava que um dos problemas do direito é a falta de estímulo ao incentivo da adequação das normas às peculiaridades de cada litígio<sup>78</sup>. A repulsa pelo julgamento por equidade estanca o direito numa série de decisões injustas ou insuficientes. Assim, com o estudo psicanalítico das situações e pessoas envolvidas no processo se estaria colocando magistrados conscientes dentro do processo de feitura de justiça.

Freud, considerado o criador da ciência da psicanálise, percebeu a importância da contribuição desta para o direito e é possível notar a influência dessas ideias em Frank. Essa influência de Freud em Frank não está apenas na questão da análise da psique do juiz, mas também das testemunhas.

---

<sup>76</sup> GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 57.

<sup>77</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 157.

<sup>78</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 140.

Frank, assim como Freud, nasceu no século XIX e viveu na primeira metade do século XX. O processo nesse período dependia significativamente do depoimento de testemunhas e por isso ambos fizeram importantes reflexões acerca das dificuldades da decisão judicial em razão desse subjetivismo testemunhal.

Importante perceber, no entanto, que essa particularidade do período não prejudica a análise do processo e do direito atual a que esse trabalho se propõe fazer. Apesar do advento de provas de cunho técnico e científico, as reflexões acerca de testemunhas e processos baseados em júri ainda são pertinentes. A prova testemunhal continua sendo usada e tem, especialmente quando se pensa o direito do trabalho, uma importância considerável. Da mesma forma, as observações de Frank acerca das dificuldades em se tratar com testemunhas, como se verá, guardam relação aproximada com a manipulação das provas científicas.

O que Freud refletiu foi que a fidedignidade das declarações testemunhais muitas vezes é prejudicada por outros estímulos. Qualquer ação ou depoimento de indivíduo é resposta a um estímulo exterior. Essa resposta é condicionada pelo estímulo posto. Assim, as reações não são fruto do acaso, fazendo com que as ações humanas sejam sempre direcionados pelo entorno<sup>79</sup>.

Freud chama de *complexo* tudo aquilo que determina a reação de uma pessoa ao estímulo. Qualquer pequeno ato aparentemente gratuito é reação ao *complexo*. Brincar com um determinado objeto, a escolha aparentemente aleatória de números, um nome que vem a cabeça, nada é arbitrário, tudo vem a mente em razão do exercício de associação, uma reação ao *complexo*<sup>80</sup>. Então a testemunha conhece o complexo e através dos estímulos dos inquisidores vai reagir revelando esse complexo.

Tem-se então a primeira observação importante de Freud para Frank. Um discurso é um exercício de associação, uma reação do sujeito aos estímulos colocados diante dele. Assim, uma testemunha colocada numa audiência ou tribunal responde de acordo com os estímulos que são colocados. Sua história ou sua versão dos fatos é condicionada pelo *complexo* e pelas palavras estímulo que são colocadas pelos inquisidores para que revele o *complexo*. O conjunto de

---

<sup>79</sup> FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 107.

<sup>80</sup> FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 108.

palavras e situações que servem de estímulo para a testemunha condicionam as associações que formam a sua resposta às perguntas.

Dessa forma, o testemunho é uma atividade psicológica subjetiva que depende de condicionantes que não atentam necessariamente para a realidade fática. A percepção e a reprodução dos fatos que são determinantes para o resultado da ação judicial são condicionadas por fatores psicológicos<sup>81</sup>.

Esses fatores podem ser subconscientes como os estímulos que podem revelar o complexo, como anteriormente descritos, ou podem ser conscientes e deliberados. Qualquer testemunha quando entrevistada pelo advogado pode supor qual a melhor resposta para provar a tese daquele litigante. Se a testemunha deseja que aquela parte seja bem sucedida no processo pode moldar sua história de acordo com seu interesse<sup>82</sup>. Assim, tem-se que fatores de ordem subjetiva como interesse podem ajudar a definir os fatos e, com isso, o processo.

Freud continua seu raciocínio mudando o foco do sujeito. Se se toma a posição do juiz, este conhece o *complexo* através dos documentos iniciais do processo. O conteúdo ideativo que inspira a reação a palavra estímulo, que num processo pode ser o crime ou a situação civil que é levada a litígio. Assim, o juiz já conhecendo o *complexo* lança estímulos para a testemunha para descobrir se a reação deste é compatível com aquele conhecimento anterior do magistrado<sup>83</sup>.

Assim, os próprios estímulos são pensados em função de confirmarem o complexo. E mais, o *complexo* a que servem é uma visão parcial do juiz. Frank analisou isso mais profundamente e tem essa questão da descoberta dos fatos como a etapa mais importante do processo.

Um litígio se inicia não porque A ou B discordam sobre a regra de direito a ser aplicada naquela situação, mas porque A ou B divergem sobre os fatos ocorridos em determinada situação. Assim, o trabalho do juiz de 1ª instância é determinar através da análise das provas o que aconteceu de fato. Dessa maneira, a verdade para o processo não é necessariamente a verdade real, mas o que foi admitido pelo magistrado como verdade<sup>84</sup>. Essa determinação da verdade passa

---

<sup>81</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 69.

<sup>82</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 86.

<sup>83</sup> FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 108.

<sup>84</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 26.

pelo processo de estímulo, associação e reação descrito por Freud, sendo sujeito, dessa forma, a alterações e manipulação subjetivas.

Da mesma forma, os testemunhos dos envolvidos podem passar por outra série de filtros de ordem psicológica. Como se verá adiante, a influência de Oliver Holmes em Frank está evidenciada na admissão que preconceitos e posicionamentos pessoais dos magistrados e dos demais envolvidos no processo condicionam a percepção que estes têm na realidade do caso. Assim, o direito não faz com o direito, mas em função dos fatos. A interpretação dada pelo juiz aos fatos que condiciona a norma jurídica a ser aplicada<sup>85</sup>. Por isso a importância dessas observações acerca da determinação dos fatos para o processo.

Frank garante ainda que os métodos pessoais usados pelos juízes para determinarem a interpretação das provas não podem ser sistematizados ou transformados em regras, pois são fatores subjetivos de percepção que, muitas vezes, nem mesmo os magistrados têm catalogados para si<sup>86</sup>. Para saber como o sujeito apreendeu a informação é necessário entender como esse indivíduo pensa, mas isso é impossível<sup>87</sup>. Além disso, existe o problema dos erros. As testemunhas (e até as provas técnicas e científicas) são passíveis de erros que condicionam a interpretação dos fatos, estabelecendo-os de maneira diferente do que viria a ser<sup>88</sup>.

Nesses termos, para Frank seria impossível criar uma ciência de predição legal m razão justamente da determinação dos fatos. Uma ciência dessa natureza teria que ser específica do magistrado que profere a decisão, uma ciência do único, como chama, o que, em si, é uma contradição<sup>89</sup>.

Da mesma forma que todas essas colocações foram feitas para as provas testemunhais também são cabíveis para o processamento das demais provas. As provas de ordem técnica, como a perícia judicial ou a avaliação, frequentemente utilizadas nos dias atuais, também sofrem do mesmo processo de subjetivação interpretativa, a medida que dependem da percepção dos avaliadores e peritos para serem formulados, bem como, em seguida, passam pelo julgamento do

---

<sup>85</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 30.

<sup>86</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 42.

<sup>87</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 51.

<sup>88</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 43.

<sup>89</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 190.

magistrado. Assim, as observações de Frank, apesar de direcionadas a prova testemunhal não o desqualifica para explicar o processo no estado atual.

Percebe-se, então, que para Frank a questão central num processo judicial é a determinação dos fatos. No entanto, se esses fatos dependem de uma série de condições de ordem psicológica para serem relatados ao magistrado e processados por esse juiz, há mesmo que se falar em previsibilidade? Para Frank não. A subjetividade é sinônimo de relatividade<sup>90</sup>, e relatividade nega previsibilidade.

O princípio da segurança jurídica é, por definição, a estabilidade e previsibilidade da ordem jurídica, de modo que advogados e litigantes possam arriscar uma predição do que virá a acontecer na sentença final. Frank, com colocações como as demonstradas a pouco, discorda da ideia de certeza no direito. Para ele o direito é regido pela incerteza<sup>91</sup>. Como é possível segurança jurídica nesses termos se não se pode prever a interpretação pessoal de cada juiz para os fatos do caso em questão?

Assim, a incerteza que cerca qualquer processo judicial vem da interpretação dos fatos desde a 1ª instância, que condiciona todo o resto do processo. O direito não se faz, então, com direito, mas com os fatos. No entanto, nas palavras de Frank, “*facts are guesses*”, ou fatos são suposições, afastando, assim, a ideia de certeza dentro da ação judicial<sup>92</sup>.

No entanto, seguindo os ensinamentos do também realista Oliver Wendell Holmes, Frank entende que a subjetividade e, com isso, a incerteza no direito não advém só das dificuldades de entender a verdade através dos relatos dos fatos. As próprias características pessoais dos julgadores também vão condicionar o processo decisório. É o que se trata a seguir.

### 2.1.2 Holmes, a teoria da predição e sua influência em Frank

Seguindo as ideias deixadas por Holmes<sup>93</sup>, o direito é uma predição de uma possível reação do Estado em relação a uma conduta de um agente<sup>94</sup>. A

---

<sup>90</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 64.

<sup>91</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 83.

<sup>92</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 14.

<sup>93</sup> Oliver Wendell Holmes, juiz da Suprema Corte americana e um dos precursores do realismo jurídico.

personificação do Estado nos casos concretos se dá na figura do magistrado, bem como a reação do Estado vai se dar em relação aos fatos tomados no processo ainda na primeira fase.

Holmes diz que quando se está estudando o direito está estudando uma profissão. A razão pela qual a advocacia tornou-se uma profissão, pela qual as pessoas pagam pelos serviços advocatícios, é que o comando da força pública, do uso legítimo da força do Estado, está na voz dos juízes. As pessoas querem saber então de um especialista qual a gravidade do risco na sua ação judicial ou se o litigante contrário tem ou não um caso mais forte. Dessa forma, transforma-se num negócio descobrir os perigos das ações judiciais. Com essas reflexões Holmes explica que seu objeto de estudo é a predição, a previsão da incidência da força pública através dos instrumentos judiciais<sup>95</sup>.

A predição é formulada através do estudo de todo material jurídico produzido. A produção jurídica que pode englobar jurisprudência, legislação, principiologia e doutrina é, assim, oráculo da lei. Os esforços legais são, dessa forma, no sentido de tornar as profecias mais precisas.

Para isso, fazem-se generalizações a partir do conjugado de leis e jurisprudência ou, no caso de Holmes, de precedentes, demonstrando que, geralmente, diante do fato X tem-se o resultado Y. Em seguida, num caso concreto, são levantados os fatos de natureza relevante para o direito, de modo que se tem um modelo que pode ser alocado numa das generalizações anteriormente preparadas<sup>96</sup>. Assim, o trabalho legal é predizer que, se um homem fizer ou deixar de fazer algo, ele poderá ou não ser levado a responder por isso por uma corte.

As generalizações são reduzidas a um número finito de dogmas que servem para fundamentar as predições. Se um estudioso do direito quer conhecer esses dogmas e nada mais, de modo a predizer resultados, Holmes o chama de *bad man*. O *good man*, por sua vez, encontra suas razões de conduta, seja fora ou dentro do direito, em sanções da consciência<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

<sup>95</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

<sup>96</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

<sup>97</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

O direito é permeado por conceitos advindos da moral, de modo que numa discussão jurídica é possível passear levemente entre domínios do direito e da moral. Conceitos como direitos subjetivos, dever, malícia, intenção, negligência quando transformados em meros dogmas pelo *bad man* caem em falácia.

Quando preocupa-se com as questões morais, isto é, se a lei corresponde ao desejo moral do homem, o *good man* pode concluir muitas vezes que as decisões das cortes não correspondem a essas reflexões de foro subjetivo. Esse jurista se dedica a uma dedução de princípios e axiomas que vai além de meros dogmas. O *bad man*, pelo contrário, não tem qualquer preocupação por reflexões dessa natureza, ele preocupa-se em entender se a corte está propensa a este ou aquele resultado<sup>98</sup>.

O trabalho do *bad man* é prever se determinada ação ocasionará reação punitiva do Estado. Essa previsão é o direito. O direito é assim, previsão de uma possível reação do Estado a conduta de um agente.

No entanto, Holmes alerta que quando se toma decisões do passado para buscar apoio para as previsões do comportamento judicial do futuro não é suficiente tomar parâmetros puramente lógicos<sup>99</sup>. Tem-se desde já a dificuldade de se estar diante de *good man*, que vai se desprender dos dogmas absolutos para refletir acerca da moral da decisão. Mas não apenas isso. Para desvendar uma decisão judicial é preciso ir mais além, descobrindo o contexto econômico social e político em que se deu a sentença.

O que Holmes fala acerca das influências econômicas, sociais e políticas refletindo na decisão do magistrado, Frank concorda sem ressalvas<sup>100</sup>. A sentença é, além de raciocínio lógico, tradução das vivências pessoais de um indivíduo. Os problemas sociais, econômicos ou políticos que aquele sujeito que profere a decisão sofreu ou deixou de sofrer são refletidos na ordem da corte que comanda.

Portanto, se o direito é previsão de comportamento judicial, resulta imprescindível ter em conta os diversos fatores subjetivos, eminentemente psicológicos, que gravitam sobre a vontade do julgador. Seus preconceitos, sentimentos e pretensões, sejam conscientes ou inconscientes, determinam,

---

<sup>98</sup> HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

<sup>99</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 9.

<sup>100</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p.10.

juntamente com a legislação, a jurisprudência e as demais fontes do direito, a decisão judicial.

Frank toma essas observações de Holmes e conclui que se se propõe a prever o direito, o jurista teria que conhecer o homem que vai preferir a decisão, o que significa estudar todas as suas características pessoais. Assim, a pesquisa de predição seria empírica, circunstanciada e socialmente localizada. As conclusões, portanto, teriam valor relativo e não absoluto<sup>101</sup>.

Dessa forma, se o direito é predição de um comportamento humano, é preciso levar em conta os fatores econômicos, sociais e políticos que atuam sobre esse comportamento. A lógica das decisões passadas e a legislação escrita não são os únicos condicionantes da decisão. Da mesma forma, as influências sociais, econômicas e políticas dos juízes também o são<sup>102</sup>. Nas palavras de Frank, o estado da mente de um homem é tanto um fato quando sua digestão<sup>103</sup>.

Ampliando as reflexões de Holmes, Frank entende que o problema de se dispor a prever o direito é que não é suficiente tentar antecipar a interpretação dada a norma pelo juiz. A previsibilidade da sentença depende de aspectos psicológicos de ordem econômica, social e política do homem responsável pela decisão que condicionam a maneira que ele entende o processo. Da mesma forma, vencida essa dificuldade teria que se preocupar novamente com a abordagem dos fatos que esse sujeito entende como verdade. Essa percepção dos fatos é outra variável de ordem psicológica, como visto no tópico anterior.

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

No entanto, a determinação dos fatos se dá de acordo com a vontade do juiz, de acordo com os referidos aspectos sociais, econômicos e políticos que

---

<sup>101</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 28.

<sup>102</sup>FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p.12.

<sup>103</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 157.

determinam a conduta de qualquer indivíduo. A injustiça nasce justamente a partir da determinação errada dos fatos<sup>104</sup>.

Não há qualquer segurança de que essa crença do juiz sobre os fatos seja exatamente o que aconteceu. A admissão dos fatos é um processo subjetivo que sofre a mercê das partes envolvidas, tais como juízes, peritos, testemunhas etc<sup>105</sup>.

Em outras palavras, uma série de subjetivismos molda o relato dos fatos e cabe ao juiz, de acordo com suas próprias crenças pessoais, determinar o que vai considerar verdadeiro. Assim, os fatos tomados no processo não são necessariamente os fatos reais, são a crença do magistrado acerca dos fatos<sup>106</sup>.

Sendo assim, o resultado do processo depende inteiramente de um processo interpretativo do juiz. Condicionantes de ordem psicológica moldam o processamento dos dados no íntimo do magistrado. Desse modo, não se pode falar em certeza no direito a medida que não se pode adivinhar com segurança qual a interpretação que esse ou aquele indivíduo vai dar as diversas situações que se tornam processos judiciais.

Nesses moldes, se não se pode determinar o comportamento do juiz, não se pode prever o desenrolar do caso e não há se falar em certeza ou previsibilidade quando num processo judicial.

Por esses motivos Frank acredita na incerteza no direito. Qualquer tentativa de prever o direito teria que ser uma pesquisa localizada em um indivíduo, circunstanciada e determinada no tempo. Em muito não se pareceria com uma pesquisa jurídica, mas uma pesquisa psicológica<sup>107</sup>.

O que acontece, no entanto, é que os juízes fazem parte de uma comunidade específica dentro da sociedade, tendo estudado em universidades e com acesso a um bom nível de conforto, eles têm experiências parecidas e acabam julgando de acordo com cânones muito comuns<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 4.

<sup>105</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 27.

<sup>106</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 26.

<sup>107</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 21.

<sup>108</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 9.

Dessa maneira, as decisões aparentam uniformidade em razão das influencias sociais, econômicas e políticas desses indivíduos serem parecidas<sup>109</sup>. No entanto, ainda sim, é possível, na manipulação do direito, perceber as idiosincrasias emergindo através de decisões contrários em casos análogos.

Para compreender melhor a incerteza no direito Frank se dispõe a colocar as próprias cortes judiciais em julgamento. Ele estudou com minúcia todo o processo decisional para apontar como o subjetivismo o permeia, impossibilitando a afirmação de que o direito seria regido pela previsibilidade e pela estabilidade e negando, assim, o referido princípio da segurança jurídica.

### 2.1.3 As cortes em julgamento: a importância do *fact-skepticism*

Para Frank, os cidadãos tem o direito de saber o que as cortes fazem e por que. Para ele, os indivíduos sabem muito pouco sobre o trabalho judicial. Os juristas não se esforçam para explicar de maneira inteligível como funciona o sistema judicial. Numa democracia, nenhuma parte do governo deveria ser mistério para seus componentes. Mas qual o interesse em se manter uma política tradicional de silêncio? Frank acredita que mantendo uma política de ignorância o sistema judiciário consegue criar para si uma estima e admiração dos cidadãos, desenvolvendo um distanciamento<sup>110</sup>.

Um processo judicial é nada mais que um mecanismo para evitar erupções sociais, garantindo a resolução ordenada de um litígio. Através de um combate advogados de acusação e defesa tentam convencer o juiz que sua tese é a correta. É, no entanto, apesar de sua natureza de combate, um elemento de preservação da paz ou da segurança pública, como já discutido. Diante de um caso concreto de litígio, o juiz profere uma sentença, que é uma lei particular sobre determinado fato<sup>111</sup>.

A sentença judicial é, no entanto, produto final de um procedimento que se inicia anteriormente. O direito é construído através da legislação. A legislação é uma série de declarações condicionadas a determinado fato de referência. Assim,

---

<sup>109</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 33.

<sup>110</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 3.

<sup>111</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p.7.

se determinado fato aconteceu, o efeito jurídico que se segue é X. Essa consequência jurídica é estabelecida no caso concreto através da decisão judicial.

Para se definir a decisão judicial é preciso cruzar a regra jurídica com os fatos apresentados. Assim, se tem a equação  $R \times F = D$ , em que R é a regra de direito; F os fatos definidos como realidade no processo e D é a decisão final.

A maioria dos juristas quando se fala em certeza no processo judicial se volta para o R da equação. O cuidado para a garantia de segurança jurídica está regularmente voltada para a lei. Se a lei é estável, dessa forma seria possível ter decisões estáveis e previsíveis.

Para Frank essas inferências levam a uma má compreensão do direito. A insegurança seria causada, ao contrário, pelo F da equação. A incerteza está no fato de que não possível assegurar que a corte será capaz de encontrar o F que seja realmente e objetivamente correspondente aos fatos ocorridos. Assim, não importa quão seguras as leis sejam, as decisões ainda estarão a mercê das dificuldades de se determinar os fatos<sup>112</sup>.

O F para o processo é, na melhor das hipóteses, o que o juiz pensa que aconteceu. Pode ser, no entanto, que essa percepção esteja invariavelmente incorreta. Mas, do ponto de vista jurídico, isso não importa. Para o direito o que o juiz determinou como verdade é a verdade. Há que se falar, portanto, em segurança jurídica fundada essencialmente a discussão da lei quando a determinação dos fatos cumpre papel relevante para a decisão judicial?

Discutiu-se anteriormente no capítulo 1 a questão da coisa julgada e sua possível relativização. A coisa é julgada é uma das expressões da segurança jurídica para a dogmática. No entanto, é possível que em certos casos processos transitados em julgado sejam reabertos, relativizando-se a coisa julgada. Essas reaberturas justificam-se em razão de alteração na forma de compreender os fatos; os fatos, não o direito. Portanto, a determinação dos fatos é motivo justo para o STF para a alteração de uma sentença judicial transitada em julgado. Essa observação concorda com a ideia de Frank de que a incerteza no direito nasce justamente nos fatos e não na lei.

Da mesma forma, para exemplificar o problema dos fatos, Frank remete às técnicas processuais do passado. Antes do processo se estabelecer na sua forma

---

<sup>112</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p 15.

atual de combate de advogados ele já foi realizado em combates literais, os julgamentos por combate. Além dos duelos se tinha também os chamados *ordeals*, ou suplícios, em que o acusado, para provar sua inocência, tinha que passar por alguma espécie de provação. Esses suplícios podiam ser desde a submissão de parte do corpo a água fervente ou fogo, em que a inocência seria provada com a recuperação imediata; ou a submissão à balança, em que o inocente teria seu peso reduzido de forma imediata, além de todas as outras formas que a imaginação pudesse dispor<sup>113</sup>.

Nesses julgamentos, o R da equação, ou seja, a lei, era desde o início anunciada. O julgamento por combate ou suplício se dava então para determinar o F, os fatos que efetivamente ocorreram. A dúvida, portanto, se dava não em torno da legislação, mas apenas de como os fatos haviam ocorrido.

Os suplícios eram interpretados como a indicação de Deus acerca dos fatos, compondo o que Frank chama de *mágica processual*. A *mágica* consiste numa ponte construída para superar os buracos e inadequações em situações em que o homem ainda não conseguiu dominar. Para Frank, a superação desse tipo de julgamento pelo combate de advogados ainda não é suficiente para sanar o problema da determinação dos fatos e, se os ancestrais europeus usavam da *mágica* e colocavam em Deus o poder da decisão, hoje ainda se faz o mesmo, mas ao invés de Deus, seguimos o juiz. Assim, se na Idade Média os homens podiam dizer que seus direitos estavam nas mãos de deus, a sociedade de hoje pode dizer que seus direitos estão nas mãos dos juízes<sup>114</sup>.

Com declarações dessa natureza é natural compreender o porquê de Frank ter sido considerado radical por seus pares. Ele não media esforços para expressar sus ideias de que o processo e a dogmática colocam muita confiança em paradigmas subjetivos e esperam tirar a partir daí certezas. Para Frank era impossível entender como uma decisão judicial que depende de um homem, o juiz, com todas as suas peculiaridades e idiosincrasias poderia estar eivada de previsibilidade.

Como já discutido, a observação humana é falível. É afetada pela visão, audição, emoção, condição psicológica, como também conceitos pré-concebidos.

---

<sup>113</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 41

<sup>114</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 49.

Da mesma forma, uma corte superior dificilmente pode alterar qualquer definição acerca dos fatos advinda da 1ª instância<sup>115</sup>. Assim, essas definições da realidade fática ainda no início do processo condicionam toda a decisão e, como são resultado de um processo subjetivo e psicológico, não podem ser previstas. Portanto, a partir daí, para Frank, a dificuldade de se falar em certeza no direito. Da mesma forma, assim se justifica sua anteriormente mencionada declaração de que é com a concepção dos fatos que se começa a concretizar a injustiça no direito.

Em razão da importância da determinação dos fatos, que se dá ainda na 1ª instância, Frank diz que na mitologia do direito um dos maiores mitos e mais perigosos é o de que as cortes superiores são o coração do sistema judiciário. Essa noção vem da falácia de que as leis, supervisionadas pelas cortes superiores, controlam singularmente as decisões judiciais<sup>116</sup>. A teoria de Frank corre em sentido contrário ao demonstrar a equação da decisão judicial, dizendo que os fatos, são mais definitivos no resultado do processo.

O trabalho das cortes inferiores muito se aproxima com o trabalho de historiadores, ambos se vêm diante da tarefa de reconstruir o passado. No entanto, muitos historiadores têm confessado que sua ciência é, na verdade, a arte da suposição<sup>117</sup>. Admitem que, em muitas ocasiões, seu conhecimento sobre o passado pode estar longe do mais acertado.

Os historiadores têm ainda algumas vantagens na determinação dos seus eventos passados em relação às cortes de direito. Eles têm o tempo que julgarem necessário para juntar as evidências e refletir sobre elas, enquanto os juízes tem a obrigação de não prolongar excessivamente o processo. Da mesma forma, os historiadores têm certa liberdade para considerar qualquer espécie de evidência, enquanto no direito os juízes devem respeitar regras que acabam por trazer limitações à observação das provas, de modo a proteger outra legislação ou direito de terceiro<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 23.

<sup>116</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 221.

<sup>117</sup> FRANK, Jerome. **Fate and freedom: a philosophy for free americans**. New York, Simon and Schuster, 1945, p. 77.

<sup>118</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 40.

Em razão dessas observações acerca das dificuldades da determinação dos fatos nas cortes de 1ª instância, Frank criou o termo *fact-skepticism* para designar aqueles que, como ele, acreditam que a decisão judicial é imprevisível em razão das várias condicionantes que influenciam a realidade dos fatos tomada para o processo.

Existem, para ele, dois tipos de realistas, os *rule-skeptics* e os *fact-skeptics*. Os *rule-skeptics* tem como objetivo a certeza e previsibilidade no direito, eles consideram desejável que os advogados tenham condições de predizer para seus clientes o resultado final de seus litígios. Para Frank, os trabalhos desses juristas só podem ser considerados corretos se se toma a premissa de que estão falando apenas sobre tribunais superiores. Se os *rule-skeptics* desejam também profetizar em cortes de 1ª instância, nesse caso, para Frank, eles não estariam corretos, pois nem ao menos analisam os fatores que podem influenciar a determinação dos fatos<sup>119</sup>.

Por outro lado, se admitem desde o início que seus estudos estão meramente voltados para os tribunais superiores, nesse caso, Frank admite razão no *rule-skepticism*. É o caso de Karl Llewellyn, professor da Universidade e Columbia em Nova York e teórico do direito admirado por Frank, apesar de sua tradição de *rule-skeptic*. Desde seus primeiros relatos Llewellyn explica que seus estudos acerca da previsibilidade da decisão judicial era relacionada às cortes superiores, pois, ele explica, não poderia escrever sobre cortes inferiores já que não as conhecia o suficiente, apesar de admitir que estas tem uma importância maior que aquelas<sup>120</sup>.

Além dos *rule-skeptics*, Frank trouxe o conceito de *fact-skeptics*, aqueles que também buscam as motivações por trás das decisões de cortes superiores, mas sem esquecer-se de ir mais longe, de buscar compreender os tribunais inferiores. Para o *fact-skeptic* não importa quão precisa e definitiva seja a regra legal, ainda sim é impossível predizer a decisão judicial em razão da indeterminabilidade dos fatos sobre os quais as decisões se fundam<sup>121</sup>. Frank se

---

<sup>119</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 73.

<sup>120</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 75.

<sup>121</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 74.

considera um dos fundadores do *fact-skepticism* e suas obras e decisões regularmente giram em torno de fundamentar essa teoria.

O que Frank se preocupa é que o juiz é um homem e, por isso, suscetível a preconceitos inconscientes que podem ter sido originados desde a infância. Muito antes de começado a desenvolver um raciocínio consciente acerca das provas que lhe são apresentadas, ele já começou uma série de julgamentos e inferências subconscientes. Suas impressões, portanto, antes de qualquer coisa vão determinar o que ele acredita serem os fatos do processo. Para Frank o juiz é testemunha das testemunhas do processo<sup>122</sup>. O juiz é testemunha de tudo que acontece no processo, ele deve de terminar os fatos a partir de que vê, escuta ou como se comportam os demais personagens<sup>123</sup>.

Frank dá um exemplo pertinente sobre a importância da determinação dos fatos para o resultado do processo e como essa determinação é produto de uma percepção subjetiva condicionada pelas próprias idiossincrasias do indivíduo. Ele conta que quando era um jovem advogado, participou de um processo em que, em todas as oportunidades, mesmo que houvesse dúvida plausível, o juiz aceitava as evidências da outra parte e em desfavor de sua cliente. Para sua surpresa, no entanto, o juiz julgou a seu favor com fundamento de os depoimentos serem conflituosos. Anos mais tarde, encontrou-se com esse juiz e ele disse que desde o primeiro momento julgou que a cliente de Frank era uma mulher honesta e trabalhadora que não merecia perder sua propriedade para o outro litigante, que tinha suficiente. Esse litigante, conta o juiz, fundamentava seu pleito numa regra que Frank não considerava cabível. O juiz, por outro lado, considerava a regra pertinente, mas já havia decidido que não a aplicaria em desfavor da cliente de Frank, por quem já tinha boa impressão. Resolveu, portanto, conceder, do ponto de vista processual, todos os pleitos desse litigante em relação a apreciação de provas, de modo que, uma vez decidindo em seu desfavor em razão de testemunhos conflituosos, não haveria como reverter a decisão numa apelação, pois do ponto de vista processual, havia tudo ocorrido de maneira satisfatória e a corte superior não contestaria a percepção dos fatos<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 153.

<sup>123</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 118.

<sup>124</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 168.

Psicólogos relatam que o processo de julgamento se inicia com uma premissa a partir da qual o indivíduo toma uma conclusão. O processo de julgamento, como inferido do exemplo dado, se dá de maneira inversa. O juiz começa com uma conclusão feita a partir de observações subjetivas e, com essa conclusão, tenta achar uma premissa que a suporte<sup>125</sup>. Assim, no exemplo, o magistrado já concluiu que a cliente de Frank não merece ter sua propriedade prejudicada; com essa conclusão ele encontra a premissa de que as provas testemunhais foram inconclusivas.

Assim, Frank demonstra a importância definitiva que a determinação dos fatos tem para o processo judicial, a 1ª tem o condão de definir todo o resto do processo, a medida que que o julgador tem diante de si um processo subjetivo de determinação da verdade processual. Muitas vezes o início do processo nas cortes inferiores tem resultados mais significantes para os litigantes do que os das cortes superiores<sup>126</sup>.

Outro motivo apontado por Frank para preocupar-se com a determinação dos fatos está além das questões psicológicas que podem influenciar a percepção das provas, mas nas questões pecuniária que definem a própria produção dessas provas. Mesmo com o advogado mais talentoso, um homem pode perder um processo que deveria ganhar se ele não tem os meios de arcar com os custos de uma investigação que possa produzir as provas necessárias para provar seu direito. Por vezes, em razão da natureza da situação, é necessário contratar profissional ou serviço que sirva de fundamento probatório para a tese de direito do litigante. Nem sempre, no entanto, as partes terão essas condições<sup>127</sup>.

Se um indivíduo perde um litígio em razão de não ter podido arcar com os custos pecuniários da produção de uma prova que poderia definir a situação a seu favor, tem-se justiça? Para Frank esse é mais um dos problemas no sistema de combate em que os litígios são pensados. Um problema, mais uma vez, relativo a determinação dos fatos.

Essa problemática pode ser menos desconcertante nos processos criminais que nos civis, pois aqueles já são precedidos de uma investigação policial

---

<sup>125</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 108.

<sup>126</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 179.

<sup>127</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 94.

com levantamento de evidências relevantes para o caso. Mas o processo civil, por outro lado, começa sem investigação pública prévia, qualquer meio de prova deve ser levado a juízo, de início, pelas partes<sup>128</sup>. Da mesma forma, o processo civil pode trazer prejuízos relevantes para aquele que não foi capaz de provar seu direito e por isso se via cerceado de justiça. Assim, a matéria probatória, como condicionante da determinação dos fatos, tem grande importância para a discussão de Frank acerca da incerteza no direito.

Para sanar, mesmo que parcialmente, a problemática da determinação dos fatos Frank acredita que deve haver uma política no sistema judiciário de educação do juiz de cortes inferiores. A dificuldade em praticar algo não deve ser desculpa para praticar de maneira descuidada. Determinar objetiva e absolutamente os fatos acontecidos está além da capacidade humana, por isso o direito trabalha com verossimilhança. Mas esses fatos devem ser o mais aproximados possíveis<sup>129</sup>.

Nesses termos, Frank acredita que o juiz deve aprender as técnicas da psicologia de modo a interpretar os maneirismos das testemunhas ou demais provas de maneira consciente, ao invés de apenas inconscientemente. Parte da educação do direito deve incluir o trabalho com psicólogos, de modo que o futuro jurista possa explorar a si mesmo, desenvolvendo sensibilidade para conhecer seus preconceitos e antipatias, controlando sua percepção subjetiva de maneira objetiva<sup>130</sup>.

No entanto, Frank avisa, a busca da exploração psicológica do juiz serve ao propósito de melhor compreender as provas e determinar os fatos de maneira o mais fiel possível. Essa medida, entretanto, não tem o condão de alguma facilitar a predição do direito, muito pelo contrário, as decisões poderiam tornar-se mais imprevisíveis ainda pelos advogados<sup>131</sup>.

Em razão de ter defendido com tanto afincado a presença de fatores não racionais na decisão judicial, Frank conta que foi acusado de ser antirracional. Para ele, muito pelo contrário. A racionalidade não pode ser confirmada na reprodução

---

<sup>128</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 96.

<sup>129</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 222.

<sup>130</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 248.

<sup>131</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 251.

de falsos pretextos. A racionalidade fictícia da ideia de que o juiz reproduz a lei lhe parece mais danosa que a pretensão de compreender o direito de maneira aprofundada, desconsiderando até mesmo parâmetros fundantes, como a certeza jurídica<sup>132</sup>.

Após a análise de todas as ideias de Frank acerca da indeterminação do direito, passa-se a discorrer acerca das motivações individuais para se acreditar na necessidade de certeza no direito.

A partir da constatação da impossibilidade de previsão de decisões judiciais, Frank reflete acerca da necessidade de se acreditar em termos absolutos de previsibilidade quando se discute normas de direito. Para ele, uma análise psicanalítica do indivíduo pode explicar as origens da necessidade na confiança no sistema jurídico. É o que se trata a seguir.

## 2.2 O MITO BÁSICO LEGAL

O direito tem um desafio, ele deve existir conciliando a estabilidade que foi pensado para construir, mas, ao mesmo tempo, admitindo as mudanças que a sociedade precisa. Por isso, para Frank, o direito é governado pela lógica das probabilidades, ele é incerto e indefinido<sup>133</sup>.

Frank, teórico realista do direito, chama de mito básico legal a noção que o direito pode ser certo e estático. Ele, como já estabelecido, sofre influência da psicanálise freudiana e se dispõe a entender a necessidade de acreditar num mundo de estabilidade e certeza a partir da psique.

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

---

<sup>132</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 427.

<sup>133</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 7.

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

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

Para Frank, a ideia de certeza, em razão dessa necessidade infantil de um *father substitute*, é algo mais procurado, almejado que realmente necessário na vida prática<sup>134</sup>. O sujeito acredita que precisa das características de firmeza, estabilidade e previsibilidade, que conheceu no útero e depois na infância através do pai, mas a existência desses termos de certeza na vida prática do indivíduo não é realmente necessária.

Frank parece concordar com Epicuro quando este diz que toda a realidade é construída para a saúde do corpo e a imperturbabilidade da alma. Tudo que se faz, o objetivo da vida, seria para não sentir dor ou temor<sup>135</sup>. Encontrar no direito um *father substitute* é uma maneira de tranquilizar a alma.

A inovação traz consigo inquietude emocional e por isso o medo, explica Frank, tem um papel importante na aderência ao precedente, ou também, á lei. Esse medo é consequência das ansiedades da infância: o desconhecido, o incerto, o mutável. Por causa desses medos nostálgicos, a maioria dos homens preferem a rotina e isso não é diferente para os juízes<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

<sup>135</sup> EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995, p. 89.

<sup>136</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 272.

Portanto, o litígio é considerado uma patologia social. Litigar significa quebrar a regularidade social, é indicativo de irregularidade no funcionamento social. Tomando a metáfora médica, é uma doença, uma patologia<sup>137</sup>.

A própria ideia do direito como um *father-substitute* pode ser comprovada quando analisando o direito romano comparado ao grego. O direito romano é conhecido por ter regras e princípios menos flexíveis que na Grécia. Isso pode se dar em razão da sociedade romana ser intrinsecamente fundamentada num patriarcado, em que o pater família tinha poder absoluto sobre a esposa, filhos e escravos. Assim, tanto mais forte a figura do pai, mais forte a necessidade em ter regras de direito firmes<sup>138</sup>.

Mas ele questiona a necessidade real de se acreditar numa legislação previamente posta que seja imutável, certa e segura. Por que qualquer pessoa precisa de antemão se preocupar com o que está posto na lei? Do ponto de vista prático, que diferença faz uma lei para um cidadão se ele não está precisando dela<sup>139</sup>?

Quando uma pessoa se casa ou entra numa sociedade ou compra uma terra ela tem uma prospecção vaga de que algum dia a lei vai precisar reger aquela situação e provavelmente pouco sabe sobre essa legislação. O indivíduo não conhece realmente a lei, ele não sabe exatamente qual a previsão pra todas aquelas situações que aparecem durante sua vida. Assim, uma lei da qual ele não tem conhecimento tem a mesma importância de uma lei que não existe. Dessa forma, a suposta segurança ou insegurança jurídica tem pouca relevância na vida prática. Se essa lei mudou ou não mudou no tempo ou como foram os outros casos em que a mesma lei foi aplicada – compondo assim os elementos da segurança jurídica - não faz diferença para o cidadão. Para o sujeito de direito só importa como seu caso vai ser resolvido, caso precise acionar o Judiciário<sup>140</sup>.

Então, a demanda por certeza não nasce de uma necessidade real, mas de uma busca por algo ideal, algo que ratifique o uso legítimo da força do Estado para garantir ordem. A ideia de certeza é uma busca imposta pelo ordenamento, não

---

<sup>137</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 336.

<sup>138</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 384.

<sup>139</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

<sup>140</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

uma necessidade, e deve ser classificada como ilusão ou mito<sup>141</sup>. É uma narrativa simbólica que explica e defende o funcionamento do direito e da organização do Estado. O mito da segurança justifica a criação e manutenção do direito e proporciona ao Estado as ferramentas para manutenção da ordem, mas não tem função prática da vida dos sujeitos.

Importante mencionar que, apesar dessas observações, Frank admitia ainda regularidade nas decisões judiciais. Apesar da incerteza no direito, existem determinantes sociais que governam a decisão. É algo da experiência do direito observar certa uniformidade nas decisões. Essa uniformidade pode ser determinada refletindo sobre as forças sociais que agem sobre o tomador de decisões<sup>142</sup>.

São os chamados *standards* de valor de vigência coletiva que definem a decisão judicial<sup>143</sup>. O exercício da sua função e a busca do sentimento de pertencimento social inibe o juiz de tomar decisões que são peculiares ou muito distantes do considerado comum, portanto ele faz o que é esperado socialmente.

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

Assim, tem-se que a segurança jurídica, fenômeno imprescindível para manutenção do Estado de direito, como já estabelecido, cumpre seu papel social sem realmente existir em absoluto. Ela é evidenciada através uniformização dos *standards* de valor de vigência coletiva e por isso a sociedade pode acreditar nessa segurança, ratificando o direito e proporcionando ao Estado os instrumentos para manter a ordem. No entanto, essa certeza absoluta não existe de fato, pois o direito depende da interpretação do magistrado acerca das situações concretas que se apresentam.

Nota-se que essas observações não se distanciam das explicações já estabelecidas acerca da relação entre segurança jurídica e Estado de direito. A segurança pública é a razão de formação do Estado de direito e esse justifica sua

---

<sup>141</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 12.

<sup>142</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 33.

<sup>143</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 35.

continuação através da segurança através da lei. Assim, o respeito à legislação é importante para a própria manutenção do Estado. No entanto, a efetivação dos termos de previsibilidade e estabilidade da segurança jurídica é algo inatingível e sem real importância para a vida prática dos cidadãos, como explica Frank. O que realmente é importante é o sentimento de confiança gerado pelo discurso de proteção desse princípio.

A perpetuação do discurso de segurança jurídica garante a confiança dos cidadãos no Estado e este pode ter condições de manter a segurança pública. Não é, no entanto, realmente necessário que exista efetivamente previsibilidade e estabilidade contínuas, pois elas não fazem diferença no dia a dia dos indivíduos e advém de uma simples necessidade de preencher um vácuo de autoridade paterna com regras firmes de direito.

Observando os comentários realizados no primeiro capítulo deste trabalho juntamente com as reflexões de Frank, é possível concordar que o princípio da segurança jurídica fica prejudicado quando observado sob o ponto de vista da produção da decisão judicial.

Para Frank, a observação conclusiva da indeterminação do direito, no entanto, não é um acidente infortuno, mas tem imenso valor social. É através do direito produzido nos tribunais que as necessidades sociais são supridas. E é ao advogado, não ao juiz, que Frank concede os louros dessas conquistas, é através da atividade advocatícia de questionar e adaptar que a decisão judicial pode tomar rumos de concretização de justiça social<sup>144</sup>.

Essas considerações de Frank voltadas para a ordem prática da segurança jurídica refletem a influência do pragmatismo filosófico no realismo jurídico. Assim como Frank, diversos outros pensadores do direito se dispuseram a entender o processo de elaboração da decisão judicial. Os teóricos que se passa a tratar a partir do próximo capítulo levaram adiante os ensinamentos de Holmes e Frank e se aprofundaram nos aspectos sociais, políticos e econômicos que influenciam a decisão do magistrado.

---

<sup>144</sup> FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 7.

### 3. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA DECISÃO JUDICIAL: O MÉTODO PRAGMÁTICO E A ACEITAÇÃO DA INCERTEZA

Jerome Frank foi um teórico do direito de vertente realista que negou a certeza como elemento de composição do direito, mas não foi o único. Seus questionamentos acerca da necessidade real de se precisar de segurança jurídica encontram fundamento na filosofia pragmática, mas ele não foi o único a seguir essa linha de pensamento. O método pragmático de análise de fenômenos, desenvolvido especialmente por William James e Charles S. Peirce, deixou herdeiros no direito que questionam as verdades encontradas a partir da racionalidade cartesiana.

Conforme já mencionado em páginas anteriores, o pragmatismo se debruçou sobre a investigação do que é a verdade a partir da experiência. Sendo assim, seus herdeiros assumem que, para entender o direito apropriadamente, não é suficiente compreender a teoria de formação do Estado como garantia de segurança e a segurança jurídica como forma de manutenção desse Estado. Para eles, o direito deve ser compreendido a partir da experimentação.

O pragmatismo filosófico nasceu no final do século XIX como denominação dada por Charles Sanders Peirce ao método que havia criado ainda nos tempos do Clube Metafísico, reunião de um grupo seleto de estudantes da Universidade de Harvard, que, num contexto de Guerra Civil, recém independência e industrialização crescente, resolverem tomar um ponto de vista mais prático e finalista dos objetos, criticando, ironicamente, a metafísica<sup>145</sup>.

O Clube Metafísico era uma reunião de jovens cétricos, mais interessados em achar respostas palpáveis aos questionamentos, contrariando a ordem filosófica de discussões abstratas<sup>146</sup>. Assim fomentou o que viria a ser o realismo jurídico, uma corrente filosófica marginal e dedicada a experimentação ao invés da argumentação.

O pragmatismo nasceu propriamente com a publicação "*Como tornar nossas ideias claras*", de Peirce. A intenção não era criar uma nova filosofia, mas apenas trazer para o mundo o que já se discutia no Clube Metafísico. Peirce intencionava puramente demonstrar como as discussões metafísicas, baseadas em

---

<sup>145</sup> STROH, Guy W. **A Filosofia Americana: Uma Introdução**. São Paulo: Editora Cultrix, 2009, pp. 95-99.

<sup>146</sup> WAAL, Cornelis de. **Sobre pragmatismo**. Edições Loyola: São Paulo, 2007, p. 17.

pensamentos abstratos e afastados da realidade, não proporcionam conclusão nenhuma, apenas a infinidade do debate.

Assim sendo, o pragmatismo é a medida exata, enquanto provável, entre idealismo e materialismo, se propondo a analisar ceticamente as experiências e daí tirar conclusões que promovem uma compreensão clara da realidade.

Mais tarde Peirce e James haveriam de ter um desentendimento intelectual, que levou Peirce a cunhar outro termo para seu método, o pragmaticismo. No entanto, divergências denominativas a parte, o que se tem como pragmatismo filosófico é um método que trata de conceitos, de obtenção de verdades.

Essas concepções pragmatistas estão intimamente relacionados a utilidade, pois o pragmatismo é uma filosofia de resultados<sup>147</sup>. Os conceitos buscados são definidos como verdades através da experimentação. Se algo não é passível de experimento ou não produz resultados práticos, não será real. Em suma, só é verdadeiro aquilo que traz consequências práticas. É o que defende Peirce quando diz que

“Para determinar o sentido de uma concepção intelectual devem-se considerar as consequências práticas pensáveis como resultantes necessariamente da verdade da concepção; e a soma dessas consequências constituirá o sentido total da concepção.”<sup>148</sup>

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

Dessa forma, os teóricos realistas ora trazidos aprenderam a questionar a racionalidade cartesiana da segurança jurídica, colocando-a a prova através da experimentação. O resultado do teste da experiência para esses estudiosos do direito, como se verá a seguir, tem sido no sentido de negar a certeza absoluta na

---

<sup>147</sup> Essa busca de resultados, no entanto, diferencia-se da busca de resultados do utilitarismo. Os utilitaristas acreditam na avaliação de resultados práticos, mas a análise da concretização das verdades utilitaristas se dá para satisfazer seu hedonismo, isto é, eles tentam descobrir os resultados para entender se trazem a felicidade de muitos e se estão desvinculados de dor. Dessa forma, a busca do resultado final para o utilitarismo serve para determinar a concepção moral.

<sup>148</sup> PEIRCE, Charles Sanders. **Escritos Coligidos: Conferências Sobre Pragmatismo**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 7.

manipulação do direito. O método pragmático, assim, permite a admissão de que o direito é, na verdade, eivado de incertezas.

Essas incertezas, no entanto, não necessariamente prejudicam o direito e o próprio Estado de direito. O que esses teóricos fazem é permitir uma negação proporcionada pela experiência que ainda sim se encaixa dentro dos parâmetros do Estado. É o que se demonstra a seguir.

### 3.1 A QUESTÃO DOS ELEMENTOS SUBCONSCIENTES: DECISÃO JUDICIAL COMO DECISÃO PESSOAL FUNDAMENTADA EM DIREITO

Benjamin Cardozo foi um dos mais proeminentes teóricos do realismo jurídico norte-americano e dedicou-se a entender quais são exatamente os fundamentos de uma decisão judicial. Afastou-se da tese positivista de que o direito é o que está na lei e passou a debruçar-se sobre a sua experiência no direito a partir da magistratura.

Para entender melhor a questão da experiência, as ideias de Cardozo, retiradas, em especial, das Conferências realizadas por ele na Universidade de Yale, explicam o porquê do direito não se comportar de maneira adstrita à lei. Ora, o fato é que, de acordo com Cardozo, o juiz define suas posições de acordo com suas crenças<sup>149</sup>. Para o magistrado é impossível separar suas concepções pessoais do seu trabalho. A decisão judicial é, então, uma decisão pessoal fundamentada, *a posteriori*, em direito.

Ele inicia a referida palestra confessando que os próprios magistrados<sup>150</sup>, em momentos de introspecção, questionam a que fontes devem recorrer em busca de orientação, até que ponto podem permitir que outros fatores influenciem o resultado ou mesmo quando é justo desvencilhar-se de determinado precedente.

Todos esses questionamentos resultam no que Cardozo chama de caldeirão dos tribunais<sup>151</sup>. O caldeirão é a mistura de fatores que contribuem para a decisão judicial. Cardozo não está interessado em discutir se se deve permitir ou não permitir a participação ativa dos magistrados nessa mistura, para ele, “*a lei*

---

<sup>149</sup> CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process, Lecture 3: The Method of Sociology: The Judge as Legislator**. New York: Dover Publications, 2005, pp. 99-100.

<sup>150</sup> Cumpre esclarecer que Benjamin Cardozo pode falar em nome dos magistrados, pois ele mesmo o foi, servindo na Corte de Apelações de Nova York e na Suprema Corte americana.

<sup>151</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.2.

*criada pelos juízes é uma das realidades da vida*<sup>152</sup>. Os magistrados são, assim, os principais responsáveis pela mistura do caldeirão.

Cardozo acredita que cada indivíduo não apenas tem suas próprias crenças, sua filosofia de vida, mas é impossível separar essa filosofia do seu trabalho de magistrado e, mais ainda, esses elementos pessoais são componentes do caldeirão dos tribunais. Descrevendo a sutileza das forças subconscientes que regulam a infusão das decisões, Cardozo recorda James quando diz que:

Cada um tem uma filosofia básica de vida, mesmo aqueles para os quais os nomes e as noções de filosofia são desconhecidos ou constituem anátema. Há em cada um de nós uma torrente de tendências, quer se queira chamá-la filosofia ou não, que dá coerência e direção ao pensamento e à ação. Os juízes não podem escapar a essa corrente.<sup>153</sup>

A remissão a James cita a segunda conferência, esta, porém, não pode ser discutida, com intuito de vê-la como referencial teórico para a tese do elemento subconsciente de Cardozo, senão antes da 1ª conferência, *O atual dilema da filosofia*, onde está a tese dos temperamentos humanos.

James diz que todos têm uma filosofia e é interessante a maneira que ela determina a perspectiva do mundo de cada um. Assim, *“o temperamento não é a razão convencionalmente admitida, com o que lança mão das razões impessoais só para as conclusões”*<sup>154</sup>, pelo que a mais poderosa de nossas premissas – esses temperamentos – jamais é mencionada, o que dá uma certa “insinceridade” às discussões. Esta mesma insinceridade, ou os temperamentos dos juízes, são poços onde se banham uma gama de elementos subconscientes, como diz Cardozo.

O mais especial da teoria de Cardozo é que ele defende que isso é algo positivo, a feitura da justiça depende da liberdade do juiz. O fato é que a lei, por vezes, é lacunosa e, noutras tantas, está eivada de erros que escaparam ao legislador. A letra morta não é capaz de abarcar todas as possibilidades que advêm da realidade e cabe ao juiz suprir as lacunas de acordo com o que ele acha que

---

<sup>152</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.2.

<sup>153</sup> CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005, p. 8.

<sup>154</sup> JAMES, William. **Pragmatism**. New York: Dover, 1995, p. 27.

seria a vontade do legislador. O juiz, para Cardozo, vai ser o mediador da boa justiça. Será o instrumento através do qual a lei se molda ao caso concreto para fazer o que é certo. Nas palavras de Ehrlich, “*garantia de justiça é a personalidade do juiz*”<sup>155</sup>.

Os elementos subconscientes, os temperamentos, são importantes componentes da mistura que resulta na decisão judicial, no entanto, existe dificuldade em admiti-los. Cardozo não adota nenhuma posição prescritiva no sentido de empoderar a classe magistral. Seu discurso é de diagnóstico de uma realidade.

No entanto, essa descrição da realidade jurídica, apesar de, a princípio, causar estranheza, é perfeitamente compatível com os parâmetros de estabilidade que o Estado de direito se dedica a manter. Cardozo, ao mesmo tempo que admite a inserção pessoal do julgador na decisão, acredita e confirma a hierarquia das normas. Para ele, a primeira medida do magistrado deve ser a busca no material jurídico legislado, Constituição e leis ordinárias. Uma vez estabelecida a correspondência entre caso concreto e esses códigos, o caso deve estar resolvido, sua obrigação é obedecer.

Cardozo afirma que a Constituição deve se sobrepor à lei escrita e a lei escrita deve prevalecer sobre a lei dos juízes<sup>156</sup>. Assim, apesar de afirmar que os magistrados criam direito, defende que este é secundário e subordinado ao direito dos legisladores. Vai haver primazia do direito dos juízes em momentos de lacunas ou ambiguidades nas codificações.

O que Cardozo entende, no entanto, é que essa tarefa do magistrado de encontrar a lei que encaixe no caso concreto não qualifica seu trabalho como superficial e mecânico, pois além das lacunas, o juiz tem que lidar ainda com as peculiaridades do caso concreto. Nesses termos, há erros que o magistrado deve cuidar de atenuar ou mesmo evitar<sup>157</sup>. As dificuldades da interpretação da chamada vontade do legislador impõem ao magistrado uma sensibilidade que advém de

---

<sup>155</sup>Nota explicativa: Observe-se que Cardozo cita com especificidade uma frase de Ehrlich que expressa fielmente sua ideia de que o juiz é a peça-chave na feitura da justiça. Apud CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito**. Trad. Lêda Boechat Rodrigues. Editora Nacional de Direito Ltda., 1956, p. 5.

<sup>156</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.5.

<sup>157</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.5.

suas características pessoais, fazendo o processo decisional mais subjetivo que a mera subsunção do fato a norma.

Para explicar sua teoria, Cardozo a divide em quatro métodos que explicam como as influências externas podem intervir na decisão judicial.

O método da filosofia permite traçar uma linha de progressão lógica nas decisões de modo a haver certa uniformidade nos Tribunais, eliminando o acaso e promovendo alguma espécie de certeza jurídica<sup>158</sup>. Para o método filosófico o precedente não deve ser a verdade suprema, o juiz não deve estar absolutamente adstrito a ele, mas é necessário certo apego que impeça a insegurança absoluta.

A ideia de Cardozo é que o precedente é mal usado quando tratado como definitivo e supremo, ele realmente acredita que a feitura da justiça depende da liberalidade do juiz de desvencilhar-se dele quando julgar necessário. A simetria do precedente não deve ser absoluta, mas, em essência, sua filosofia deve ser a mesma. O magistrado deve manter a mente susceptível a novas ideias, esse é o cerne da questão para Cardozo, até porque, concordando com James, as concepções não são permanentes, mas transitórias. Nas palavras de Cardozo, *“Nada é estável. Nada é absoluto. Tudo é fluido e mutável. Há um eterno ‘vir a ser’”*<sup>159</sup>.

Assim sendo, Cardozo toma o cuidado de dizer que o método da filosofia não deve ser o mais importante, pois o anseio pela simetria e pela continuação lógica de um precedente não é suficiente para o direito, em razão da fluidez e mutabilidade dos entendimentos. No entanto, ainda é importante a manutenção ao sentimento arraigado e à estabilidade<sup>160</sup>, evidências da segurança jurídica. Nota-se aqui que Cardozo admite a importância e o conforto de criar a sensação de segurança.

O método da filosofia poderia facilmente ser chamado de método lógico ou da analogia, pois consiste na extensão do significado de uma norma de modo a manter no tempo essa concepção já definida. É uma ferramenta comum a qualquer sistema de direito e que deve ser o parâmetro para a decisão, de fato, a externalização da segurança jurídica. No entanto, cabe a ressalva de que não é o

---

<sup>158</sup>CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of the Judicial Process**. New York: Dover Publications, 2005. Lecture 1, pp. 05 – 46.

<sup>159</sup>CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.16.

<sup>160</sup>CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 26.

único método que influencia o direito e nem deve ser, pois, como visto, para Cardozo nada é absolutamente estável no tempo.

O método histórico ou da evolução leva o magistrado a se permitir o uso do direito mais antigo, mas não de uma maneira arcaica, apenas de modo a estabelecer uma evolução da matéria. Algumas concepções de direito se devem quase que exclusivamente à história, por isso a pesquisa histórica tem o papel de elucidar para o presente as pressões do passado e proporcionar um entendimento acerca do que pode vir a ser no futuro<sup>161</sup>.

O método sociológico é o princípio que determina como devem ser preenchidas as lacunas: com ênfase no bem estar social<sup>162</sup>. O método se baseia na vontade do Estado de, através da decisão e do julgamento, chegar a uma determinação justa por meio do senso de justiça subjetivo inerente ao juiz. O que Cardozo pontua é a necessidade de uma ponderação dos interesses das partes à luz da opinião da comunidade em relação àquela questão específica<sup>163</sup>. Esse julgamento deve estar em harmonia com a boa-fé e as necessidades da vida prática, além da própria legislação.

Com o método da sociologia, Cardozo incorpora a questão da experiência na produção de uma decisão judicial. A justiça no caso concreto é a aliança entre a legislação e a utilidade geral<sup>164</sup>, que é algo sentido pelo magistrado na prática. O fundamento deste método está no fato de que os tribunais entendem que as leis escritas não podem ser vistas de maneira isolada, mas dentro de um contexto de condições atuais. Assim, uma legislação considerada razoável para uma geração pode não o ser para outra<sup>165</sup>, o que implica certa liberalidade na decisão. Dessa forma, o método da sociologia permite ao magistrado agir de acordo com o que importa mais que o respeito irrestrito ao legalismo, o bem estar social.

Cardozo toma o cuidado, no entanto, de assegurar que, nessas questões, o que importa não é o que o juiz acredita ser o certo, mas o que ele acredita que um homem de intelecto e consciências normais julga mais justo<sup>166</sup>. É possível argumentar que os juízes podem nem sempre interpretar as leis e os costumes da

---

<sup>161</sup> CARDOZO, Benjamin Nathan. **The nature of the Judicial Process**. New York: Dover Publications, 2005. Lecture 2, pgs. 47 – 93.

<sup>162</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 51.

<sup>163</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 53.

<sup>164</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 53.

<sup>165</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 58.

<sup>166</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 64.

melhor maneira. No entanto, para Cardozo, isso é irrelevante, pois, mais uma vez, ele se preocupa em descrever uma realidade e a questão da interpretação tem que se alojar em algum lugar; a Constituição colocou-a nos juízes<sup>167</sup>.

Assim, enquanto não for interpretada, uma lei escrita não é propriamente direito. Direito é o que o juiz declara na sua decisão. Leis, precedentes, doutrina, costume e moral são fontes do direito<sup>168</sup>. Dentro dessa temática pode-se falar no problema duplo do juiz, qual seja, o seu dever de não apenas extrair o sentido da norma como também determinar que caminho esse princípio deve seguir. É como se o magistrado estivesse decidindo o caso do agora e para o futuro, dando precedentes que fundamentem as próximas decisões.

O direito nasce das relações de fato que existem entre os interlocutores. Para fazer justiça o magistrado precisa entender isso e, mais importante, é necessário que ele possa arbitrar com liberdade para o ordenamento funcionar. O juiz deve ter o poder de inovar se quiser atender às necessidades sociais. Não há conclusão mais realista que essa. Sem a liberalidade do magistrado se desprender do precedente não há evolução prática. A adesão ao precedente deve ser regra, isso não se questiona, mas a liberdade de não fazê-lo deve existir.

Todo processo vai se construindo e desconstruindo aos poucos, não está lá para ser descoberto, mas vai sendo criado ao longo do tempo. O mais interessante é que essa criação não pare no tempo. O processo jurídico deve ser sucessivo e infinito.

Assim, a ideia de Cardozo para o processo judicial é que o juiz deve ser livre, mas não totalmente. Ele não pode inovar irrestritamente, deve inspirar-se em princípios consagrados, mas sem ceder às irregularidades da benevolência, deve discernir de acordo com a tradição, a analogia e o bem estar social para, dessa forma, construir o direito a partir da experiência.

Frank se mostrou incomodado com a aparente visão restritiva de Cardozo em face do trabalho dos magistrados. Para Cardozo, como já discutido, o juiz só teria discricionariedade diante de uma lacuna da lei, pois, havendo legislação essa se sobrepõe a qualquer impressão contrária que o magistrado possa ter. Assim, Cardozo era um legalista que se dispôs a, dentro da dogmática, descrever o

---

<sup>167</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 99.

<sup>168</sup> CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 92.

comportamento dos juizes diante de lacunas legais. Apenas nesses casos excepcionais o juiz teria diante de si uma oportunidade de legislar.

Frank se mostrou, portanto, descontente com as afirmações de Cardozo nas suas jurisprudências acerca da certeza do direito<sup>169</sup>. Para Frank o problema de Cardozo estava na sua limitação de perceber o direito e o processo judicial apenas do ponto de vista da discricionariedade legal, passando despercebido pela questão da discricionariedade dos fatos<sup>170</sup>. Cardozo afirmava que era perfeitamente possível, quando não houvesse lacuna legal, que o advogado pudesse prever o resultado de um litígio. Para Frank, uma afirmação dessa natureza só se justificava em razão deste último ter sido por muitos anos um juiz de corte superior. Nas cortes superiores os fatos não são mais tratados, portanto, a jurisprudência de Cardozo era construída apenas em volta da discricionariedade legal e da previsibilidade da lei<sup>171</sup>. Assim, a concordância de Cardozo com a ideia de que o processo é previsível só se justifica pela sua omissão de refletir acerca da determinação dos fatos ainda na 1ª instância.

Cardozo, em razão do seu perfil descritivo, adota uma postura mais central na questão do papel do magistrado na feitura do direito, ao contrário de Frank. No entanto, suas ideias contribuem para a afirmação da incerteza no direito, a medida que admitem diversos fatores subjetivos adentrando a decisão judicial, bem como certo desapego à legislação, o que demonstra a fragilidade do discurso da segurança jurídica.

No entanto, ao mesmo tempo em que admite a incerteza no direito em razão da subjetividade que permeia a decisão judicial, Cardozo ainda confirma o sistema a medida que todas as suas observações funcionam dentro dos parâmetros de proteção legal do Estado de direito. Sua descrição da produção da decisão judicial não nega a segurança jurídica, pois ao mesmo tempo que insere a questão da subjetividade do magistrado também afirma que este se prende as decisões anteriores e fundamenta esse produto em regras claras de direito.

---

<sup>169</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 56.

<sup>170</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 57

<sup>171</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 58.

Assim, a admissão de que uma decisão de juiz é subjetiva, o que levaria a conclusão da incerteza, é, na verdade, mais aproximada da postura de afirmação da segurança jurídica, demonstrando dessa forma, que a incerteza pertence ao direito, mas não corrompe os parâmetros do Estado de direito.

Sendo assim, a inserção de elementos subconscientes como bem estar social, costume e moral contribuem para uma visão crítica do discurso de segurança jurídica. Essa questão de elementos de cunho subjetivo que influenciam o magistrado na sua decisão é levada ainda mais adiante por um grupo de pensadores do direito chamado *crits*, do movimento *Critical Legal Studies*. Para eles, a ideologia de cada julgador é um fator de determinação da decisão judicial, condicionando o resultado de um processo a características pessoais e, com isso, desvendando a indeterminação do direito.

### 3.2 A INFLUÊNCIA DA IDEOLOGIA PESSOAL DO JULGADOR PARA A DECISÃO JUDICIAL

O *Critical Legal Studies*, ou CLS, é considerado por seus próprios pensadores um movimento, um jeito de pensar o direito que rejeita o apego ao positivismo e clama por um olhar crítico no estudo do direito. É um movimento intelectual americano que tenta entender os fenômenos jurídicos a partir dos ensinamentos pragmáticos e realistas, sem se desprender dos parâmetros marxistas e feministas<sup>172</sup>.

O movimento nasceu a partir de um encontro de professores de direito na Universidade de Wisconsin em 1976. Nesse encontro foi formado um grupo de discussões que mais tarde se espalhou ganhando adeptos nas universidades de Harvard e Yale. Entre seus maiores expoentes hoje se tem Roberto Mangabeira Unger e Duncan Kennedy, além de Mark Tushnet, Morton Horwitz e Elisabeth Mensch, dentre outros.

O CLS dedica boa parte de suas energias a uma profunda e engendrada crítica ao liberalismo, corrente tão adstrita ao modo de pensar americano, proclamando a indeterminação do direito que emergiu no ambiente do modo de

---

<sup>172</sup>ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

produção capitalista<sup>173</sup>. A maioria de seus pensadores são herdeiros do ativismo político dos anos 60 e 70 nos Estados Unidos e se concentraram em pensar o direito como ideologia, como legitimação e como força hegemônica<sup>174</sup>.

Duncan Kennedy demonstra a ambivalência no CLS ao esclarecer que, se de um lado o movimento insiste no direito como campo autônomo de luta cultural e política, de outro, empenha-se em demonstrar as incoerências e contradições do direito<sup>175</sup>. Assim, ao mesmo tempo em que o direito é elemento de mudança é também mecanismo defeituoso, que não completa a tarefa a que se propõe e precisa sofrer uma renovação para servir a seus fins.

Um dos principais pleitos do CLS nos seus primeiros dias era o fim da exclusão das questões de justiça social, econômica e sexual dos programas de ensino do direito, o que, alegavam, favorecia a manutenção do *statu quo*. O direito seria, nesses termos, um instrumento de manutenção da ordem vigente, que se contrapõe a ideia do movimento, que coloca o direito como fator de mudança.

Para Duncan Kennedy, o CLS parece ter falhado como instrumento de transformação da sociedade, mas obteve sucesso na mudança dessa educação jurídica lacunosa. O CLS desafiou o ensino clássico do direito, instituindo a hermenêutica e questões mais desafiadoras referentes à sociedade, justiça e sexo como parte do programa de educação no direito. No entanto, para ele, o ambiente do curso de direito ainda reproduz convenções de poder: os professores são majoritariamente brancos, do sexo masculino, pretensamente corretos nas suas atitudes e com todas as características da classe média<sup>176</sup>.

Os Estados Unidos, berço dos *crits*, nunca foram um país que favoreceu o crescimento da esquerda. Traz consigo um viés liberal e conservador adstrito à cultura e modo de pensar majoritários. O CLS, então, tem um papel importante na formação de uma esquerda jurídica, de modo que pode promover debates mais institucionalizados acerca do ensino do direito.

---

<sup>173</sup>GODOY, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger**. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

<sup>174</sup>ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>175</sup>ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>176</sup>GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10254>>. Acesso em 16/08/2013.

Dessa forma, sob o jargão “direito é política”, o CLS apresenta para o direito uma abordagem pós-positivista, esquerdista e hermenêutica. Critica a ideia de que o conhecimento científico é sempre neutro e objetivo, o que condiz com o pragmatismo de William James, em que verdades são posições pessoais e a ciência se faz com subjetividade<sup>177</sup>.

De fato, o CLS tem a mesma origem que o realismo jurídico americano, ambos herdeiros do pragmatismo filosófico do final do séc. XIX. Mangabeira Unger entende que qualquer doutrina jurídica deve representar o que se propõe a explicar em termos de vida real, deve trazer consequências práticas, revelando a influência do pragmatismo filosófico, conjunto teórico que desdenha de qualquer filosofia que não proponha resultados práticos<sup>178</sup>.

Para o CLS não há como dissociar o pensamento jurídico de suas próprias razões, sua maneira de entender o entorno. É preciso negar a metafísica, como fez o pragmatismo anteriormente, e negar a filosofia do direito que rejeita o estudo das consequências práticas desse direito.

O realismo jurídico foi o primeiro herdeiro do pragmatismo, mas pode-se dizer que o CLS deu continuidade ao realismo, promovendo a subjetividade encontrada através do empirismo acima do apego irrestrito à lei. No entanto, o CLS critica frequentemente o realismo à medida que entende que este adotou apenas um ceticismo moderado, ainda crente e permissivo diante do positivismo jurídico.

Um dos principais realistas, como trazido no tópico anterior, foi Benjamin Cardozo, juiz da Suprema Corte americana entre 1932 e 1937. Ele entendia que cada indivíduo não apenas tem suas próprias crenças, sua filosofia de vida, mas é impossível separar essa filosofia do seu trabalho de magistrado.

No entanto, Cardozo, apesar de entender que o magistrado tem o condão de influenciar a concretização do direito, na medida em que atribui sentido à norma e esse sentido passa pelo filtro da personalidade e crenças pessoais, não defende o decisionismo irrestrito.

Cardozo desenvolve métodos que explicam o processo de decisão que o magistrado faz uso, mas os condiciona à adesão ao precedente. Assim, quando constrói os métodos da filosofia, história e sociologia, está, na verdade, admitindo

---

<sup>177</sup> JAMES, William. **Pragmatism's Conceptions of Truth**. New York: Dover Publications, pág. 86.

<sup>178</sup> GODOY, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger**. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

que, apesar da decisão judicial ser um processo pessoal, é algo organizado do ponto de vista normativo, a medida que o magistrado deve estar apegado ao precedente. Como Lorena Freitas ensina, o realismo jurídico, ao dizer que direito é o que os juízes dizem que é direito, assim o faz sem se desprender da norma ou da adesão ao precedente<sup>179</sup>.

Desse modo, é possível notar a postura moderada de Cardozo, que se coloca entre o formalismo positivista e o puro decisionismo. O CLS deu continuidade a essa postura realista de forma mais crítica, com viés de esquerda, usando um ceticismo mais radical.

O que Cardozo chamou de elementos subconscientes podem ser trazidos para o CLS como ideologia<sup>180</sup>. Para Kennedy duas ideologias vão moldar o pensamento e produção do direito nos EUA: liberalismo e conservadorismo. É preciso observar aqui que o âmbito de produção do direito que se fala não é o legislativo, mas o judiciário, pois para o CLS o direito é criado pelo Poder Judiciário. Então quando o CLS propõe que o liberalismo e o conservadorismo regem a formatação do direito estão dizendo nada mais que assim o fazem na medida em que essas ideologias permeiam a atuação dos juízes, responsáveis pela decisão judicial e, por isso, pela produção do direito.

Ideologia é a pretensão de universalizar a forma de pensar as relações sociais que está intrinsecamente relacionada com a defesa de interesses de grupos. A defesa dessa ideologia, para o CLS, se dá através do comportamento estratégico: a atitude do juiz de decidir de acordo com suas preferências externas ao direito, que se relacionam muito mais com questões de ordem social e política, para depois fundamentar essa decisão externa num material jurídico.

Com isso, Kennedy ensina que é necessário assumir uma hermenêutica de suspeita, isto é, uma postura de desconfiança sempre tentando relacionar o discurso jurídico com um discurso político. Ou seja, é preciso não acreditar nas características normalmente atribuídas ao direito, como neutralidade, objetividade ou racionalidade. Hermenêutica de suspeita é a postura cética diante do positivismo jurídico, o entendimento de que a produção jurídica dos tribunais

---

<sup>179</sup> FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Recife: o autor, 2009, p. 34.

<sup>180</sup> MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo. **Realismo Jurídico e Critical Legal Studies: diferentes posturas críticas do direito**. Anais do II Encontro PROCAD UFAL-UFPE-UFPB. Recife, 2011.

estaria diretamente relacionada a um discurso político, o que explica a máxima de que “direito é política”.

A retórica jurídica, mascarada através de toda sua técnica positivista de aplicação, esconderia que o direito é, na verdade, um mecanismo de institucionalização de interesses de grupos sociais<sup>181</sup>. A decisão judicial seria, então, orientada pela preferência ideológica do julgador. O julgador tem uma variedade de materiais jurídicos dos quais, ao menos um, deve servir para justificar sua decisão pessoal, advindo de sua ideologia. Essa ideologia pode ser particular ou pode ser uma ideologia de classe, intrinsecamente relacionada ao *statu quo* social e econômico.

Os interesses de grupo, isto é, a ideologia, são assimilados pelo corpo político sob a forma de leis, transformando a ideologia em direito e permitindo que o grupo dominante formule demandas baseado em fundamentos jurídicos, não mais meras preferências<sup>182</sup>.

Kennedy acredita que, no direito ocidental, o discurso de qualquer autoridade, entre elas o magistrado, tenta legitimar o poder do Estado. A maneira tradicional positivista de entender o direito nega dois aspectos importantes acerca da legitimação do poder do Estado. O primeiro deles seria o fato de que o direito dá a um cidadão um grau de poder em detrimento de outros cidadãos, ou até mesmo promove graus diferentes de poder entre determinados grupos. Isso promove a reprodução cristalizada dessas hierarquias de poder dentro da sociedade. A cultura e o próprio costume da sociedade ensina que o juiz é alguém superior, ele está num patamar hierárquico acima dos demais.

Da mesma forma, no segundo ponto, o positivismo entende que o sistema tem lacunas, conflitos e ambiguidades e que estas devem ser resolvidas pelos juízes. Esses magistrados têm consciência ou semiconsciência da ideologização do estado positivista, que promove uma formatação hierárquica da ordem social<sup>183</sup>, colocando eles mesmos, os juízes, numa posição superior. Essa observação

<sup>181</sup> KENNEDY, Duncan. **La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies**. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)> Acesso em 19/08/2013.

<sup>182</sup> KENNEDY, Duncan. **La crítica de los derechos em los Critical Legal Studies**. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)> Acesso em 19/08/2013.

<sup>183</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10254>>. Acesso em 16/08/2013.

aponta a parcialidade do magistrado no momento da decisão, a medida que tem o Estado a seu favor e como seu legitimador, engrandecendo-o hierarquicamente.

Kennedy aponta a ingenuidade de se acreditar que o magistrado apenas aplica a lei, mas não cria norma ele mesmo. A ideologia permeia o discurso normativo na medida em que os magistrados usam do comportamento estratégico anteriormente mencionado para decidir. Assim o fazem sabendo que podem contar com a hierarquização a seu favor como forma de proteção.

Numa situação hipotética de transparência quanto à permeabilidade de ideologias pessoais no discurso jurídico, o resultado político seria diferente do que se tem em regra, a retórica da subsunção do fato à norma. Tal hipótese promoveria a consciência geral de que a política faz parte da decisão judicial. O CLS tenta promover justamente o fim dessa ilusão, de modo que seja possível para todos conceber que um juiz pode estar agindo de forma parcial, ou mesmo de má-fé, se essa decisão for a favor ou contra sua ideologia. Para os *crits*, é necessário quebrar o paradigma do juiz protetor, é preciso desconfiar da suposta neutralidade que permeia os limites da decisão judicial.

Os *crits* defendem o fim da concepção da lei sob o viés da objetividade. A própria criação legislativa segue parâmetros de julgamentos de valor, opções e alternativas, especialmente nas normas abertas, que são conceitos eminentemente subjetivos. Usar a lei como instrumento objetivo e, por isso, facilmente controlável é um erro. A lei não tem o condão de controlar a decisão do magistrado.

O objetivismo é a crença que leis e precedentes detêm autoridade plena sobre o instrumental jurídico. Mas Mangabeira Unger ensina que o objetivismo é apenas um mecanismo que afasta o entorno, as ideologias políticas e sociais do seu vínculo com a realidade jurídica<sup>184</sup>. O objetivismo tenta dotar de realidade o kelsianismo puro, centrado em problemas formais. O jurista moderno tenta tratar os problemas jurídicos sem tocar no assunto de interesses de grupos ou em política, invocando a impessoalidade na aplicação do direito. O que o CLS defende é que isso é impossível, a subjetividade resiste no direito no momento que a decisão judicial passa pelo crivo subjetivo da ideologia do magistrado.

Reforça-se, então, a hermenêutica da suspeita. Qualquer cidadão que se preste a interpretar o direito deve ter em mente a busca da motivação ideológica

---

<sup>184</sup>GODOY, Arnaldo. *O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger*. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

embutida na decisão. A decisão de direito é ensinada a se revestir de caráter de objetividade, impessoalidade ou neutralidade, mas é possível encontrar por trás dessa decisão as verdadeiras motivações do juiz. Para os CLS, o magistrado aproxima a justificação legal do discurso político vigente, aquele que o convence em razão de ser o discurso de dominação político. Essa dominação vem justamente trazer a conotação de hierarquia da qual o juiz, como aponta Kennedy, beneficia-se.

O fato de que cada decisão é revestida de uma posição ideológica é inferência lógica da admissão de que qualquer decisão judicial é uma decisão pessoal, decisão do magistrado que a profere, e, por isso, traduz as idiosincrasias de cada um.

Kennedy traz, então, a proposta de um pós-direito, que é a aceitação de que a crença no Poder Judiciário vem da fé que se tem nos direitos subjetivos<sup>185</sup>. O Estado democrático, com suas heranças jusnaturalistas, leva os cidadãos a acreditarem em direitos primígenos, direitos que fundamentam todos os direitos, o direito de se ter direitos, a garantia jurídica de se ter justiça. Com a ruptura com essa fé, é possível enxergar a produção do direito como realmente é, uma afirmação de ideologias dominantes.

Kennedy é um dos principais críticos da postura mítica dos magistrados como figura popular que detém verdades e poderes maiores que os demais. Esse ideário serve apenas para construir a ideia de que os magistrados estariam acima de interesses pessoais, disposições partidárias ou compromissos ideológicos. A cultura do direito parece colocar o juiz como ícone despersonalizado de uma intuição moral incorruptível, como se seu trabalho trouxesse como resultado nada além da verdade. O juiz não é o defensor do cidadão comum, ele foi colocado numa situação hierárquica de poder e tem em suas mãos o condão de decidir sobre os demais de acordo com suas próprias convicções, o que não faz dele, de nenhuma forma, um protetor incorruptível do seu menor hierárquico.

A reivindicação da *Critical Legal Studies* é de que não há como falar de forma politicamente neutra e coerente quando se refere a uma decisão judicial. Se o realismo jurídico entende que o resultado de um processo judicial pode ser diferente do que está na lei, o CLS defende que a classe dominante vai garantir

---

<sup>185</sup> KENNEDY, Duncan. *A Critique to Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

que esse resultado não esteja contrário aos seus interesses. O movimento substituiu as principais ideias do pensamento jurídico moderno pela análise da concepção da lei, uma abordagem política no estudo do direito<sup>186</sup>.

Assim, o CLS é um movimento que estuda o direito desconfiando da neutralidade e objetividade na decisão judicial. Essa postura crítica de abordagem do direito permite trazer explicações na análise casuística de diversas matérias de direito que parecem desafiar o homem comum que tenta analisar a decisão sob o viés meramente legal. O CLS vai trazer um olhar fresco para a realidade jurídica que se tem no dia a dia da operação do direito, de forma a explicar fenômenos que o positivismo esquivou-se de responder.

Na última década o CLS perdeu força e encontra entusiastas em poucos núcleos acadêmicos dentro dos EUA. No entanto, suas ideias são importantes para exemplificar a percepção científica de que uma decisão judicial não é condicionada apenas pela legislação, mas é o resultado de um encadeamento de posições de um ser humano em relação ao mundo. Assim, a letra da lei é o fator objetivo que serve de complemento para um fenômeno eminentemente subjetivo, negando-se, assim, a certeza absoluta no direito.

Ao admitir o juiz como um ser político, o CLS ajuda a desconstruir a segurança jurídica. Se a decisão é também condicionada pela postura pessoal do julgador ou resultados políticos, não há que se afirmar de forma absoluta que existe previsibilidade ou estabilidade no resultado da ação judicial, já que esse depende de parâmetros muitos pessoais do magistrado.

Da mesma maneira, o movimento demonstra através do conceito de juiz protetor uma construção do Estado no sentido de formar uma corrente de entendimentos que seguem a linha do poder político, confirmando assim a necessidade desse Estado de manter controle através do direito e revelando a maneira que o faz, criando uma linha de raciocínios parecidos de modo a desenvolver uma sensação de uniformidade, estabilidade e previsibilidade.

Frank, referencial teórico deste trabalho, discute a influência que a posição política do magistrado pode ter na decisão judicial. Frank se pergunta: são os juízes humanos? A resposta é, com obviedade, que sim. Mas ele explica que essa pergunta até o início do séc. XX era um tabu. Até menos de um século atrás,

---

<sup>186</sup> UNGER, Roberto M. **The Critical Legal Studies movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 1.

portanto, era impossível admitir abertamente que juízes são homens que dividem as mesmas virtudes e fraquezas dos homens comuns<sup>187</sup>.

Frank explica que a jurisprudência sociológica, uma corrente filosófica da teoria do direito surgida no início do sec. XX teve participação nessa desmitificação do magistrado. Para esses teóricos os juízes diferem do homem comum em razão de pertencer a uma classe econômica, social e política distinta. A interpretação do direito, portanto, expressa essas distintas classificações. Muitas vezes os magistrados mudam de postura uma vez investidos do poder da toga. Com a observância do comportamento dos seus companheiros e o desenvolvimento de uma expectativa dos outros em relação a ele o juiz desenvolve uma postura condizente com tais expectativas<sup>188</sup>.

É possível perceber a aproximação que a jurisprudência sociológica tem com o CLS, pois ambos colocam na ideologia de classe a reponsabilidade de condicionar a postura do magistrado em relação as decisões que toma nos casos concretos. No entanto, para Frank, ao contrário do que parece para os *crits* e os seguidores da jurisprudência sociológica não é tendência política e social do juiz que vai definir o processo, mas, como já dito, a maneira que ele concebe e processa as provas de modo a definir os fatos para o processo.

Assim, para Frank, é possível que dois indivíduos com as mesmas posturas sociais e ideologias políticas cheguem a decisões diferentes em razão de como percebem os fatos para aquela situação. Mais problemática que esses fatores de ordem social são os fatores de ordem psicológica que podem levar dois juízes com a mesma responsabilidade de classe a compreender a mesma testemunha de maneira diferente e, por isso, levar o processo em direções diferentes<sup>189</sup>.

As simpatias e antipatias, seu próprio passado e preconceitos são, para Frank mais relevantes para a compreensão do magistrado acerca dos fatos no processo que a discussão política em volta de sua classe social, ao menos subconscientemente.

---

<sup>187</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 146.

<sup>188</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 148.

<sup>189</sup> FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 151.

Nota-se então que ambos esses entendimentos filosóficos divergentes demonstrados, apesar de assumirem posturas diferentes, trazem conclusões similares, a medida que ajudam a revelar a fragilidade das ideias de estabilidade e previsibilidade absolutas, mas sem negar a importância e o cuidado que o Estado de direito tem para mantê-las vivas.

Para corroborar essas ideias, tem-se Richard Posner, principal expoente do *Law and Economics*, corrente de direita que desde sua origem fez oposição frontal ao *Critical Legal Studies*, mas, paradoxalmente, divide a mesma linha de pensamento trazida neste segmento.

### 3.3 POSNER E A INDETERMINABILIDADE DO DIREITO COMO FATORES DE NEGAÇÃO DA CERTEZA JURÍDICA

Richard Posner é um dos maiores expoentes do *Law and Economics*, um movimento teórico norte-americano herdeiro da tradição pragmática de William James e Charles Peirce, assim como o Realismo Jurídico e o *Critical Legal Studies*, mas efusivamente contrário a este último em razão de seu viés liberal. O *Law and Economics* diferencia-se dos demais herdeiros do pragmatismo ao propor que o direito seja estudado a partir do ponto de vista econômico, concebendo uma análise econômica dos institutos jurídicos<sup>190</sup>.

Examinando o comportamento dos juízes nos chamados *hard cases*, Posner argumenta, em consonância com sua herança pragmática, que não se pode confiar na lógica ou na ciência para predizer as decisões magistras em situações como essas, pois, via de regra, a decisão é estabelecida de acordo com a bagagem pessoal do julgador.

Começam aí os problemas apontados por Posner em relação à ideia de certeza no direito, transvestida formalmente no ordenamento brasileiro de princípio da segurança jurídica.

Para ele, um dos problemas da segurança jurídica é a conexão aproximada que tem com a analogia. O que argumenta é que o fato de uma série de casos terem sido julgados de determinada maneira não assegura que o caso seguinte

---

<sup>190</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics***. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_73/artigos/ArnaldoGodoy\\_rev73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/ArnaldoGodoy_rev73.htm) > Acesso em 19.01.2014.

também o será. Por mais parecidos que esses casos possam parecer sempre existem particularidades fáticas que os diferenciam e que podem condicionar uma decisão diferente. Além do mais, tal confiança na analogia condiciona o direito a uma ética de decisões pré-estabelecidas, o que pode parecer um fetiche do ponto de vista da segurança jurídica, mas não corresponde a realidade.

Na verdade, a formação de um catálogo de jurisprudências firmes é geralmente usada para formar a convicção da decisão através de um argumento de autoridade, com uma força hierárquica e psicológica que define a decisão, afastando a singularidade dos casos concretos que se tem em pauta.

Na obra *Problemas de Filosofia do Direito*, Posner explica sua percepção acerca da indeterminabilidade do direito, negando, com isso, a segurança jurídica. O desafio do direito, então, é produzir respostas mesmo diante de sua natureza indeterminável. O que ele tenta fazer é questionar se o direito cumpre mesmo suas predições positivadas de objetividade, imparcialidade e precisão.

Um dos principais motivos dessa inexatidão no direito é a forma de resolução de conflitos quando o raciocínio jurídico se esgota. Nessas situações o juiz recorre a mecanismos pessoais, como crenças e valores, além da opinião pública e demais fatores pessoais e políticos<sup>191</sup>. Para Posner as regras mascaram, mas não eliminam ou reduzem o papel do subjetivismo e do político na formação dos direitos e deveres jurídicos<sup>192</sup>.

Assim, o direito não é descoberto pelos juízes, muito pelo contrário, é produzido por eles. Corroborando a teoria da predição proposta por Oliver Wendell Holmes, Posner, nessa obra, proclama que o direito é um conjunto de hipóteses que advogados e juízes de tribunais inferiores propõem acerca da regularidade dos comportamentos dos juízes dos tribunais superiores<sup>193</sup>. Dessa maneira, os juízes estariam criando a teoria do direito. São os magistrados que, de certa forma, fazem o direito.

O direito seria um processo inarticulado e sem o rigor objetivista a que se propõe positivamente. O fato dos juízes se voltarem para justificativas da moral, da

---

<sup>191</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 71.

<sup>192</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 71.

<sup>193</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 302.

analogia ou da proporcionalidade seria uma manobra cujo objetivo é disfarçar a discricionariedade intrínseca ao direito, vendendo uma imagem de objetivismo<sup>194</sup>.

Posner acredita que o juiz que leva as regras exageradamente a sério pode facilmente se tornar apenas um burocrata que se prende a futilidades<sup>195</sup>. A decisão judicial deve ter múltiplas fontes, inclusive fontes não positivadas pelo direito. O dever do juiz é, valendo-se de todas as informações que lhe foram trazidas, fazer o melhor que puder, o que exige uma prática do direito mais flexível e contextualizada.

Nessa lógica, qualquer interpretação legal ou constitucional deve ser uma decisão que leva em consideração os propósitos de se viver em sociedade e as políticas públicas adotadas para se atingir esses objetivos. Esse posicionamento recorda o método sociológico de Cardozo, em que o bem estar social deve ser elemento de influência da decisão judicial.

O que Posner pretende questionar na obra *Problemas de Filosofia do Direito* é o formalismo absoluto. Ele se propõe a desenvolver uma filosofia do direito que tenha afinidades com o realismo, como ele mesmo admite, mas se afastando da política de centro esquerda que é característica dos teóricos realistas<sup>196</sup>. O que Posner defende na obra é que é matéria de senso comum a percepção de que as decisões tomadas pelos juízes estão eivadas de insegurança. É contrário ao senso comum acreditar na capacidade de fazer previsões acerca de uma decisão judicial e, ressalta, se a proposta de qualquer filosofia é pensar além do senso comum, certamente não pode se furtar de considera-lo<sup>197</sup>.

Posner desenvolve o raciocínio, então, de que não é possível determinar critérios absolutos para interpretação da lei ou nem mesmo para avaliação dos fatos, pois estes se dão através dos filtros da subjetividade e experiência de cada um. Dessa forma, muitas vezes, é impossível determinar taxativamente qual a resposta certa. A incerteza da decisão, nesse caso, decorre da incerteza quanto a verdade ou falsidade dos fatos alegados. A insegurança quanto as decisões

---

<sup>194</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 180.

<sup>195</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 68.

<sup>196</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XII.

<sup>197</sup> POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 263.

judiciais, portanto, são resultado da incerteza na determinação dos fatos, e não por causa das questões de direito envolvidas.

Essas ideias assemelham-se bastante com o pensamento desenvolvido por Jerome Frank. Frank acreditava que não se podia falar em certeza no âmbito de um processo judicial, pois o processo nasce na 1ª instância e as suas discussões são a respeito dos fatos e não, propriamente, do direito. O que ele dizia é que qualquer discussão jurídica começava não porque as partes discordam do direito, mas discordam sobre os fatos<sup>198</sup>.

Sendo assim, os fatos aceitos como verdadeiros para um processo são aqueles que na percepção do juiz são os verdadeiros, não são necessariamente os fatos reais. Assim, não há nenhuma garantia de que essa crença do juiz sobre os fatos seja exatamente o que aconteceu. Cada juiz é um indivíduo com suas peculiaridades e suas percepções, que se dão condicionadas pelas suas particularidades. Dessa forma, fica impossível prever as sentenças e esse é fator fundamental que corrobora a ideia de incerteza no direito.

Posner aponta ainda que essa dificuldade de se ter certeza no direito é muitas vezes reconhecida e incorporada ao sistema como algo benéfico. É o caso da previsão de absolvição nos processos penais em que há dúvidas sobre autoria e circunstâncias do crime. O sistema incorpora a incerteza no direito, prevê uma decisão para quando ela é constatada e dá o caso por encerrado, transformando essa falta de segurança em algo positivo do ponto de vista formal.

Outra dificuldade para a questão da certeza jurídica é que, para o direito, não importa apenas o que aconteceu, mas também o que motivou os acontecimentos. Esse elemento da motivação é eminentemente subjetivo. O maior fator de contribuição para essa subjetividade é que a percepção depende inteiramente da posição do juiz em relação ao agente. O entendimento acerca da motivação é feito pelos magistrados, o que se transveste de mais um elemento indicativo da incerteza no direito.

Sendo assim, Richard Posner, um teórico do direito e da economia com vertente liberal, defende que a decisão judicial é um fenômeno indeterminável, negando, com isso, os parâmetros de segurança jurídica desenvolvidos no Estado de direito.

---

<sup>198</sup> FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Centro Editor da America Latina. 1968, p. 12.

A indeterminabilidade do direito nega a previsibilidade e até mesmo a estabilidade a longo prazo, mas não significa a negação do papel e da necessidade da segurança jurídica dentro do Estado de direito. Por mais que seu raciocínio negue a segurança em termos tão absolutos, ainda há que se considerar que a indeterminabilidade se dá dentro de parâmetros postos pelo direito e em respeito às normas de direito. Dessa forma, não há qualquer pretensão de prescritibilidade de negação da segurança jurídica, apenas uma constatação de suas limitações.

Sendo assim, têm-se três diferentes teóricos do direito que viveram em épocas diferentes e com vertentes políticas distintas, além do próprio Frank, mas que concordam num ponto: o direito é feito de incertezas. A previsibilidade é uma característica impossível de concretizar-se nas decisões judiciais proferidas no dia a dia.

No entanto, ao mesmo tempo que não se efetiva em termos absolutos, existem indícios de segurança jurídica, bem como existe a necessidade do estado e da sociedade em manter o princípio com condão de garantir controle da ordem.

Assim, não que se falar em contradição quando se admite a importância do princípio para o estado e suas limitações fáticas. A segurança jurídica, a incerteza e o estado de direito são três paradigmas condizentes, como se verá a seguir.

### 3.4 A SEGURANÇA JURIDICA, A INCERTEZA E O ESTADO DE DIREITO: A COMPATIBILIDADE DOS CONCEITOS

Com as considerações proporcionadas tanto pelo referencial teórico deste trabalho, bem como os três pensadores trazidos neste capítulo, é possível concluir que existem mais componentes numa decisão judicial que a simples norma escrita, como tenta preceituar o princípio da segurança jurídica.

Isto é, se se tem a segurança jurídica em dois sentidos, amplo ou jurisprudencial, em que se faz necessário garantir o conteúdo material da norma escrita, e o estrito ou legal, que preceitua a não alteração arbitrária das normas em desfavor do interessado, possível concluir que essas garantias não dependem apenas da norma em si.

Para se efetivar o conteúdo de uma regra formal é preciso que o intermediário entre o texto e o caso concreto, o juiz, assim o faça. Essa postura do magistrado depende dos elementos subconscientes que devem influenciar sua

decisão pensada do ponto de vista do bem estar social, como diz Cardozo. Da mesma forma, depende da ideologia pessoal desse julgador que pode ou não ter o ímpeto de legitimar a norma, como afirma Kennedy e os demais *crits*. Posner, por sua vez, corrobora essas ideias ao admitir que concretização de um direito afirmado na lei depende da percepção do magistrado acerca dos fatos, bem como de suas peculiaridades, que podem afirmar ou negar um direito. E, por fim, Frank, ensina que a decisão depende precipuamente da maneira que o magistrado percebe os fatos.

Da mesma forma, a arbitrariedade ao manipular a interposição temporal da lei depende dos juízes, aqueles encarregados pela Constituição para manipular o direito e trazer a regra ao caso concreto. Assim, mais uma vez, a concretização da segurança depende das idiossincrasias de indivíduos e toda a complexa subjetividade que vem com isso.

Quando somado a isso se tem as ideias de Frank acerca do mito da segurança, é possível concluir que o direito, ao contrário do que assegura a segurança jurídica, está eivado de incerteza.

A própria necessidade da sociedade de investir na ideia de certeza através do princípio da segurança jurídica é questionada por Frank como uma necessidade infantil de autoridade.

No entanto, não se afasta o papel importante que este princípio tem para que o Estado possa manter a ordem e a paz, pois através dele existe a confiança num corpo legislativo capaz de conter e sanar injustiças.

Como então, admitir a necessidade do princípio para o Estado de direito, mas negar que exista previsibilidade e estabilidade em termos absolutos, como o princípio é construído?

Importante perceber que a observação de que o Estado precisa de certeza para manter a ordem, mas o direito é regido pela incerteza, não traz consigo uma contradição. Há, como demonstrado, a necessidade da ideia de certeza para a manutenção da ordem, mas não há a necessidade prática de previsibilidade e estabilidade para o cidadão comum, bem como estas não se provam na prática em termos absolutos. No entanto, isso não nega a necessidade formal de se adotar o princípio, pois a confiança que ele inspira é suficiente para manter o Estado e a ordem através da lei.

Frank explica que não existe necessidade prática de haver previsibilidade e estabilidade na ordem jurídica em termos absolutos para o homem comum, que não conhece a lei ou não precisa usar dela. Para esse indivíduo a percepção de que a legislação existe e o Estado portanto seria capaz de ajudá-lo caso precisasse acionar a lei é suficiente. Esse cidadão, portanto, não se preocupa se a jurisprudência é homogênea ou como os juízes vem decidindo determinada situação ou, ainda, se a legislação está sendo discutida para uma possível alteração

Nesses moldes, tem-se que segurança jurídica, incerteza e Estado de direito são três conceitos aparentemente incompatíveis, mas perfeitamente conciliáveis. A segurança jurídica é princípio fundante e fundamental para o Estado de direito, pois, com ele, pode manter a ordem. No entanto, previsibilidade e estabilidade não são nem sempre percebidas na realidade prática do direito em razão de todas as dificuldades apontadas por Frank.

Para o cidadão, entretanto, não é realmente necessário haver previsibilidade e estabilidade nesses termos absolutos. Desde que haja confiança da sociedade no direito e no Estado, o princípio funciona para seus propósitos. Essa confiança não depende da capacidade absoluta de predição do direito, que é um objetivo inatingível, nos termos do referencial teórico. De acordo com Frank e os exemplos da literatura citados no início do capítulo, é perceptível que o sistema jurídico hoje não tem previsibilidade absoluta, mas mesmo assim funciona, pois é capaz, mesmo com as dificuldades apontadas, de gerar confiança na sociedade.

Assim, o trabalho aponta a problemática da incerteza no direito em caráter descritivo, diagnosticando uma situação que existe. Isto é, o princípio da segurança jurídica é construído em termos que inspira confiança, permitindo a manutenção da ordem, mas não se concretiza nesses mesmos termos, surgindo, assim, como mais uma metáfora para o direito.

## CONCLUSÕES

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

Assim, o Estado existe para garantir segurança pública e a segurança é mantida através da lei, o que explica a importância da segurança jurídica, o princípio por trás da estabilidade e previsibilidade da lei. Assim, o respeito à legislação é importante por uma questão de segurança pública.

Com a segurança jurídica, o Estado é capaz de gerar na sociedade o sentimento de confiança que lhe é imprescindível para que consiga manter a ordem. É através da ideia que existe um corpo legislativo estável capaz de sanar eventuais injustiças que dá a sociedade a confiança para legitimar o Estado e, assim, o próprio Estado é capaz de fazer seu trabalho de guardar a ordem.

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

Para Frank a maior evidência da incerteza está ainda na 1ª instância, quando se determina os fatos. Existe uma série de fatores subjetivos, como as testemunhas e a maneira que estão percebem o entorno e respondem aos estímulos, bem como o próprio juiz recebe as informações das testemunhas, já com os filtros de sua personalidade e preconceitos. Da mesma forma, toda a subsequente análise das provas também está sujeita a esses valores sociais do magistrado que as analisa. Assim, é impossível prever o direito, pois não se pode prever o homem que decide sobre o direito. Uma análise previsional correta teria que se dar através de um estudo circunstanciado do indivíduo responsável por decidir.

Assim, os *fact-skeptics*, aqueles que mantem-se céticos em relação a determinação dos fatos, tem uma postura mais acertada na análise do direito, pois

não é a legislação que traz consigo a causa da indeterminabilidade, mas os fatos tomados como verdadeiros pelo magistrado.

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

Frank discute ainda a própria necessidade prática da segurança jurídica para indivíduos particulares. Para ele, a questão da segurança é algo para muito mais almejado que, de fato, necessário. O cidadão se relaciona no seu dia a dia sem se preocupar com as especificidades da legislação que se aplica ao caso. Para ele basta saber que tal legislação existe. Assim, se a lei muda ou a jurisprudência se altera com regularidade não faz diferença prática individualmente. O que importa para o indivíduo é qual a decisão naquela sua ação judicial em particular. Desse modo, a percepção distanciada de uma legislação possível para proteção em determinado caso, bem a noção que existe o aparelho do Poder Judiciário, são suficientes para manter a confiança dos cidadãos, o que permite ao Estado manter a ordem.

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

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

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

Dessa forma, o Estado de direito existe para garantir a ordem, a paz e a vida, ou seja, segurança pública. O artifício através do qual ele pode assegurar referidas garantias é a legislação e a imposição do respeito às normas escritas, o que se traduz no princípio da segurança jurídica. Assim, a manutenção das leis é

relevante por uma questão de segurança pública. No entanto, é realmente possível perceber os termos de previsibilidade e imutabilidade da segurança jurídica na manipulação do direito?

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

No entanto, é também possível concluir que não existe necessidade prática de efetivamente se concretizar de forma absoluta a previsibilidade e estabilidade, pois os *standards* de valores de vigência são suficientes para provar para a sociedade que existe aquele sistema de autoridade que ela necessita e, com isso, o Estado pode manter a ordem.

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

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARNAUD, André-Jean [et al] org. **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Trad. Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

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

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

CARDOZO, Benjamin. **The nature of judicial process**. New York: Dover, 2005.

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.

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Direito e filosofia da práxis: a teoria do direito entre prescrição e descrição**. In: Marxismo e direito, Org. Conpedi 2014. Coord. Enoque Feitosa Sobreira Filho, Enzo Bello, Paulo Henrique Tavares da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

FEITOSA, Enoque. **Discurso jurídico como retórica de justificação: o direito como uma linguagem entre ideologia e verdade.....????**

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Curso dado no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

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

\_\_\_\_\_, Jerome. **Fate and freedom: a philosophy for free americans**. New York, Simos and Schuster, 1945.

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

FREITAS, Lorena de Melo. **O realismo jurídico como pragmatismo: a retórica da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. Recife: o autor, 2009.

FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics***. < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_73/artigos/ArnaldoGodoy\\_rev73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/ArnaldoGodoy_rev73.htm) > Acesso em 19.01.2014.

\_\_\_\_\_, Arnaldo. **O critical legal studies movement de Roberto Mangabeira Unger**. Revista Jurídica. Brasília, v. 8, n. 82, p. 49-63, dez/jan., 2007.

\_\_\_\_\_, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O movimento Critical Legal Studies e Duncan Kennedy: notas sobre a rebeldia acadêmica no direito norte-americano**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10254> >. Acesso em 16/08/2013.

HOLMES, Oliver Wendell Jr. **The path of the law** [ebook]. Project Gutenberg. Disponível em <<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373-h/2373-h.htm>>

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

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

\_\_\_\_\_, Franz. **Josefine, a Cantora**. In: Um artista da fome. Porto Alegre: L&PM, 2012.

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

KENNEDY, Duncan. **A Critique to Adjudication**. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

KENNEDY, Duncan. **La critica de los derechos em los Critical Legal Sudies**. Disponível em: <[http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)> Acesso em 19/08/2013.

MEDEIROS, Gilmara Joane Macedo. **Realismo Jurídico e Critical Legal Studies: diferentes posturas críticas do direito**. Anais do II Encontro PROCAD UFAL-UFPE-UFPB. Recife, 2011.

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.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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.

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](http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=113222)> Acesso em 10/03/2014.

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.

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

UNGER, Roberto M. **The Critical Legal Studies movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

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