

A INSEGURANÇA JURÍDICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS PARA O DIREITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

LEGAL CERTAINTY AND ITS CONSEQUENCES TO THE RIGHT OF ECONOMICAL DEVELOPMENT

Manuela Braga Fernandes*

Lorena de Melo Freitas*

Resumo: A segurança jurídica é um dos princípios basilares sobre o qual se constrói o Estado de direito. Da mesma forma, o direito do desenvolvimento econômico depende intimamente desses parâmetros fundamentais do Estado de direito para se concretizar. Assim, se adotada uma posição crítica, e demonstrada a fragilidade do discurso de segurança nas relações jurídicas, é possível inferir que o desenvolvimento econômico também estará prejudicado. Com intuito de exemplificar essa ideia, vai-se demonstrar como a insegurança em relação à expectativa de uma decisão judicial pode ser prejudicial para certos aspectos econômicos ou, mais especialmente, na questão da taxa de investimentos.

Palavras-chave: segurança jurídica; direito do desenvolvimento econômico; insegurança; economia.

Abstract: Legal certainty is a ground rule over what is build the State of law. Also, the right to economic development depends closely on those fundamental parameters of the State of law to be concrete. So, if we adopt a critical position on legal certainty and demonstrate the fragility of the speech of security on juridical affairs, it's possible to conclude that the right to economic development is also damaged. To exemplify this idea, it will be demonstrated how insecurity regarding the expectation towards a juridical decision can be detrimental on determinate economic aspect, which, indirectly, damages the right to economic development.

Keywords: legal certainty; economic development right; uncertainty; economics.

INTRODUÇÃO

A segurança jurídica é uma categoria de direito que indica estabilidade nas relações judiciais, tanto na questão da não alteração arbitrária das normas legais como também na

* Graduada em Direito pela UFPB. Mestranda em Direito Econômico no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Bolsista CNPQ.

* Professora Adjunta II CCJ/UFPB. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. Lidera o grupo de pesquisa realismo Jurídico.

previsibilidade do resultado de uma ação judicial. Esse princípio serve como um dos pilares fundamentais do Estado de direito, a organização em sociedade depende da confiança que os cidadãos têm nesse Estado, ou seja, na confiança de que, quando tiver um direito violado, esse Estado o protegerá.

Nesse diapasão tem-se o direito do desenvolvimento econômico, uma categoria destrinchada pela professora Maria Luiza Feitosa. Ela entende que o direito do desenvolvimento está presente nos direitos econômicos e sociais, isto é, no tratamento cotidiano de matérias que tragam consequências para a economia e para a sociedade. Explica ainda que o direito do desenvolvimento está nas medidas tomadas no sentido de garantir esses direitos econômicos e sociais dentro do contexto do Estado de direito.

Sendo, então, a segurança jurídica um importante componente do Estado de direito e, mais ainda, um instrumento garantidor de proteção legal e assegurado dessas medidas protetivas dos direitos econômicos e sociais, tem-se a relação íntima entre segurança e direito do desenvolvimento.

Entendendo então a relação entre a segurança e o direito do desenvolvimento, é objetivo deste trabalho adotar uma postura crítica em relação a segurança jurídica e analisar as consequências das conclusões daí tiradas para o direito do desenvolvimento. Se se assume a fragilidade do discurso da segurança jurídica, como fica o direito do desenvolvimento?

Tentando responder essa pergunta, a hipótese inicial do trabalho é de que o direito do desenvolvimento vai encontrar dificuldades de concretização em razão de, sob alguns aspectos, ser dependente do princípio da segurança jurídica.

Na tentativa de confirmar essa resposta inicial, vai-se tomar o caso da dificuldade de aumento da taxa de investimento em razão da insegurança jurídica que se encontra nas relações contratuais.

1. O DIREITO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O PAPEL DA SEGURANÇA JURÍDICA NA SUA CONCRETIZAÇÃO

O direito do desenvolvimento econômico é especialmente descrito pela Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa no texto Direito Econômico do Desenvolvimento e Direito Humano ao Desenvolvimento. Limites e Confrontações, em que o diferencia do direito ao desenvolvimento humano, tentando apaziguar a confusão entre ambos.

Antes de partir para o direito do desenvolvimento econômico é interessante entender o passo anterior, o conceito de desenvolvimento. O desenvolvimento é a culminação de um

percurso que começa na ideia iluminista de progresso, passa pela noção de crescimento econômico, construído através de exploração constante do capital, até os dias de hoje, em que se entende que é um processo de inclusão e garantidor de direitos¹.

O conceito de desenvolvimento deve muito aos economistas sociais da CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe), como fala Maria Luiza Feitosa, que ajudou a adotar o termo de pluralidade e romper com as proposições meramente economicistas. A Comissão contribuiu ainda para entender o termo desenvolvimento como algo direcionado, um esforço no sentido de ser atingido e não simplesmente algo espontâneo². Quando se fala em desenvolvimento a palavra de ordem deve ser proatividade, contradizendo a passividade. Os países devem formular projetos de desenvolvimento com políticas públicas de ações positivas para que ele seja finalmente atingido.

Os esforços que culminam no direito do desenvolvimento econômico começam, como já mencionado, no pós-Segunda Guerra, e passam pela divisão capitalismo/socialismo vista na guerra fria, em que países como o Brasil tinham seu desenvolvimento dependente de um dos grandes blocos. Na década de 60 chegou-se a tentar uma saída através do Movimento dos Não-alinhados, que com a intensificação dos conflitos perdeu forças, mas conseguiu ainda na Assembleia Geral das Nações Unidas de 1961 votar a Resolução 1710, que definiu os anos 60 como Década do Desenvolvimento³. A partir daí se intensifica a luta contra o colonialismo contemporâneo, que cerceia as liberdades dos países soberanos ao atrelar o seu desenvolvimento a questões de ordem política.

A questão do direito do desenvolvimento econômico hoje supera a ideia simplista de crescimento econômico vista até o Estado Social. O crescimento da pluralidade na abordagem das questões econômicas, de modo a incluir problemas de natureza humana, permitiu uma evolução na conceituação do direito do desenvolvimento econômico.

Nesse diapasão, problemáticas como o respeito à identidade cultural, a soberania e o respeito às minorias passaram a permear as discussões de políticas econômicas. A amplitude

¹ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 113.

² FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 114

³ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 121

do novo direito do desenvolvimento se mostra consolidada quando se fala em DESC – direitos econômicos, sociais e culturais⁴.

O mero crescimento no desempenho macroeconômico não guarda nenhuma relação com a efetivação de um direito do desenvolvimento, pois significa primordialmente mais miséria e privação de direitos sociais⁵; trata-se aí de crescimento econômico. O paradigma do desenvolvimento equivale a questões de solidariedade e sustentabilidade que não são consideradas em políticas econômicas baseadas unicamente no crescimento.

Muitas vezes, as políticas públicas dos países ainda tem elegido o desenvolvimento econômico como meta principal dentro do contexto de direito do desenvolvimento econômico. Isso acarreta, dentro outros, flexibilização de direitos trabalhistas, conivências com agressões ao meio ambiente e ao meio urbano e outros impactos negativos sobre populações. É aí que Feitosa aponta o embate entre direito do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento⁶, o que representa um afronta ao termo desenvolvimento por si só, um conceito plural, que não se presta a admitir essa espécie de hierarquização.

Partindo para a conceituação, Maria Luiza Feitosa diz que o direito do desenvolvimento econômico:

“(…) se arraiga nas relações entre direitos econômicos e sociais, com base nos processos econômicos, **no tratamento jurídico de fenômenos socioeconômicos**, em sentido mais promocional do que protetivo, **podendo ser encontrado no direito do trabalho, do consumo**, da saúde, do **comercio interno** e internacional, nas decisões de governo e/ou políticas publicas que abrangem o setor produtivo e **as relações de produção, a exploração de bens e serviços, o investimento em setores e atividades econômicas e respectivos desdobramentos**. (...) o direito do desenvolvimento convive satisfatoriamente com as instâncias e ações da democracia representativa, **exercitando-se cotidianamente nas interfaces entre razoes politicas e econômicas, nas medidas e propostas levadas a cabo por esses agentes,**

⁴ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 111.

⁵ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 112.

⁶ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 130

empreendidas no contexto do Estado de Direito, com todas as garantias materiais e formais daí decorrentes”⁷.

Dessa forma, a ideia central para esse trabalho é que o direito do desenvolvimento deve ser exercido no contexto do Estado de direito, com as garantias formais que daí decorrem. Uma das principais garantias do Estado de direito é, justamente, a segurança jurídica⁸.

Pela definição é possível perceber que o direito do desenvolvimento depende de um tratamento jurídico afirmativo em uma série de áreas do direito, entre elas o trabalho, o consumo, o comércio e a concorrência. Para efetivação dessas afirmações é necessário que o direito do desenvolvimento se submeta aos parâmetros do Estado de direito. Um dos parâmetros do Estado em relação a legislação com viés afirmativo de direito do desenvolvimento é a questão da concretização e da estabilidade da legislação produzida, em outras palavras, a segurança jurídica.

Vê-se aí a conexão entre desenvolvimento econômico e segurança jurídica. O desenvolvimento vai acontecer dentro dos parâmetros do Estado de direito, como a segurança jurídica é uma ferramenta desse Estado de direito, o desenvolvimento econômico vai depender e vai acontecer dentro dos fundamentos da segurança jurídica.

O que Feitosa explica é que o direito ao desenvolvimento é, em geral, um conjunto de políticas públicas para concretizar os direitos humanos. O direito do desenvolvimento, no entanto, tem o mesmo pano de fundo, mas pode ser mais facilmente encontrado em leis que regulam direitos, em textos normativos, isto é, no direito positivado. É o caso da legislação trabalhista, agrícola e fundiária, os estatutos de defesa de categorias, a regulação do comércio interno e internacional⁹ e a própria legislação concorrencial e consumerista, entre outros.

Dessa forma, enquanto o direito humano ao desenvolvimento se transveste de políticas públicas que afirmam os direitos humanos, o direito econômico do desenvolvimento é traduzido na legislação e na afirmação dessas leis nos casos concretos. Essa característica do direito do desenvolvimento explica a importância da discussão da segurança jurídica dentro

⁷ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p.111.

⁸ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005. Pág. 115

⁹ FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013, p. 142.

desse contexto, pois, uma vez demonstrada a fragilidade dessa segurança, como se propõe a seguir, deve-se entender as consequências trazidas para o direito do desenvolvimento.

2. CONSTRUÇÃO CRÍTICA DO CONCEITO DE SEGURANÇA JURÍDICA

Os contratualistas traziam para suas exposições de ideias o estado de natureza. 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. 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, pois significa que um forte pode agredir um fraco e cercear a liberdade deste a qualquer momento¹⁰. Aí está a necessidade de criar um Estado que limite a extensão da liberdade através da lei, de modo que todos tenham acesso a pelo menos alguma liberdade.

Mas desde a *República* de Platão já se tinha a ideia de que, se todos os homens agem de acordo com sua natureza primitiva, provocam uma situação de intolerância para a maioria. A maioria, então, resolve fazer um acordo, entendendo que todos estariam melhores se resolvessem não causar mais danos uns aos outros. Assim, começaram a formular leis¹¹.

Dentre todos os contratualistas, era Hobbes o que mais se preocupava 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 vida¹². 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 criador de leis.

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.

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

¹¹ STRAUSS, Leo. I: Sobre la Política de Aristoteles.II: Sobre la Republica de Platón. In: _____. **La ciudad y el hombre**. Trad. Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 129.

¹² DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 98

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. Até hoje o que se tem é que para haver segurança na sociedade é preciso que haja leis. O cidadão, para que se sinta seguro, precisa confiar que o Judiciário vai lhe trazer justiça quando um direito for violado.

A segurança jurídica é um princípio que significa algo na direção de estabilidade, normalidade, esse 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 quase 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 direito¹³. Ele reserva para a segurança jurídica a posição de regra fundamental, associando-a a noções de paz, ordem e certeza jurídica, argumentando que sem segurança não é possível ter nenhum desses. É o que se infere dos diversos manuais de direito, que ensinam a segurança jurídica como algo natural e basilar na organização em sociedade. 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.

A ideia de segurança jurídica trazida para esse trabalho é aquela relacionada a expressão de segurança e certeza nas relações jurídicas. Estabilidade das relações jurídicas, previsibilidade da ação estatal, de modo que qualquer cidadão, mesmo aquele que não conhece as leis, tem o sentimento de confiança de que elas vão se cumprir.

A noção de segurança jurídica deve ser mais ampla que a preservação de um direito adquirido ou da 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 Judiciário¹⁴.

A segurança jurídica 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. Visa proteger o cidadão contra alterações normativas muito radicais, de modo que ele possa ter uma expectativa de concretização de direitos.

¹³ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005. Pág. 125.

¹⁴ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 143.

O próprio respeito as formas processuais é evidência de segurança jurídica¹⁵: se o cidadão segue as regras de processo, segue a lei, segue o que já vem sendo feito em casos parecidos, aí se tem segurança jurídica. Tudo isso no intuito de garantir estabilidade e previsibilidade no processo judicial. A segurança jurídica é o instituto que garante essa estabilidade, a garantia de não alteração no tempo das regras de direito, de modo que os indivíduos possam saber o que esperar.

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

O valor que pode ser retirado da segurança jurídica é o de permanência no tempo. Essa permanência é um valor a ser protegido pelo Estado de direito, pois reflete a confiança das pessoas na ordem jurídica; a permanência da regra no tempo faz as pessoas confiarem no direito e confiarem no Estado de direito¹⁶.

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 garantir controle e paz.

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

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

No entanto, qualquer grande ruptura dentro dos parâmetros usuais da sociedade pode levar ao caos¹⁷. 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 para garantir o funcionamento do Estado, sem pretensões de universalização.

¹⁵ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 142.

¹⁶ ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros: 2005. Pág. 143.

¹⁷ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Centro Editor da America Latina. 1968, pág. 48.

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

Nesses termos, tem-se que a segurança jurídica é uma metáfora útil para o direito e para o Estado de direito; segurança e certeza são metáforas, mas metáforas eficientes para o funcionamento da sociedade. Corroborando esse posicionamento tem-se diversos pensadores da teoria do direito. Richard Posner, dentre eles, desenvolveu algumas reflexões acerca da incerteza do direito, como se verá a seguir.

3. POSNER E A INCERTEZA NO DIREITO

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*. O *Law and Economics* diferencia-se, no entanto, ao propor que o direito seja estudado a partir do ponto de vista econômico, concebendo uma análise econômica dos institutos jurídicos¹⁸.

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 a 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 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.

¹⁸ 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> Acesso em 19.01.2014.

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 políticos¹⁹. Para Posner as regras mascaram, mas não eliminam ou reduzem o papel do subjetivismo e do político na formação dos direitos e deveres jurídicos²⁰.

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 superiores²¹. 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 analogia ou da proporcionalidade seria uma manobra cujo objetivo é disfarçar a discricionariedade intrínseca ao direito, vendendo uma imagem de objetivismo²².

Posner acredita que o juiz que leva as regras exageradamente a sério pode facilmente se tornar apenas um burocrata que se prende a futilidades²³. A decisão judicial deve ter múltiplas fontes, inclusive fontes não positivadas pelo direito. O dever do juiz é, valendo-se

¹⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 71.

²⁰ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 71.

²¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 302.

²² POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 180.

²³ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 68.

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.

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 realistas²⁴. 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 fazer previsões acerca de uma decisão judicial. Mas se a proposta de qualquer filosofia é pensar além do senso comum, certamente não pode se furtar de considera-lo²⁵.

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

Essas ideias assemelham-se bastante com as de um filósofo realista anterior a Posner, 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 fatos²⁶.

Da mesma forma, 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

²⁴ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. XII.

²⁵ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 263.

²⁶ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Centro Editor da America Latina. 1968, p. 12.

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 e transforma essa falta de segurança em algo positivo.

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.

Uma vez compreendido os fatores que condicionam a incerteza no direito do ponto de vista filosófico, interessante refletir esses ensinamentos em exemplos práticos dentro da economia, de modo a demonstrar como a dificuldade em concretizar segurança jurídica afeta o direito do desenvolvimento econômico.

4. OS PROBLEMAS DA INSEGURANÇA JURÍDICA NA ECONOMIA

Conforme anteriormente demonstrado, o direito do desenvolvimento econômico deve se dar dentro dos parâmetros de segurança jurídica, o que implica dizer que, se prejudicada a segurança, o desenvolvimento também o estará. Nesse momento vai-se tentar exemplificar como exatamente a insegurança jurídica afeta o direito do desenvolvimento tomando-se uma reflexão pontual.

A segurança cumpre papel importante para construir confiança no investimento e eficiência na economia, estimulando o crescimento aliado a melhorias no ponto de vista social e cultural, nos moldes do direito econômico do desenvolvimento.

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

Esses dois aspectos da segurança jurídica, uma vez combinados, proporcionam ao investidor uma confiança nas relações sociais que dão respaldo às transações econômicas.

Assim, os empresários sabem o que esperar de seus contratos e seus contratados, de modo que sentem mais liberdade no momento de investir.

Numa situação de insegurança jurídica, ao contrário, é possível que esses investidores fiquem mais tímidos e receosos de se arriscar, pois não existe previsibilidade no que pode acontecer. O resultado indireto da insegurança, então, seria um travamento no crescimento econômico e no direito do desenvolvimento econômico.

O raciocínio aqui desenvolvido é que quanto menos segurança jurídica existe, mais arriscadas as relações econômicas serão. A base das transações econômicas é a confiabilidade e a previsibilidade dos seus resultados. Sem essa previsibilidade os investidores se veem num cenário de instabilidade onde os custos e benefícios ficam mais difíceis de calcular.

Existem três condutas possíveis de serem tomadas pelos investidores num cenário de insegurança jurídica: eles não realizam as transações que têm alto nível de risco, abrindo mão dos resultados positivos que poderiam gerar; eles realizam essas transações de outra forma, modificando-as e, assim, reduzindo o risco e os ganhos possíveis; ou compensam o risco investido massivamente em instituições jurídicas, o que aumenta o custo de atividade-meio²⁷. Nota-se que as três opções sacrificam de alguma forma a eficiência econômica e, com isso, o direito do desenvolvimento.

Existem transações muito caras e que, por vezes, atrelam um custo de investimento muito alto em um ativo específico. Esse investimento geralmente fica a cargo de uma das partes contratantes. Desse modo, a transação tem para essa parte, além do custo elevado, um risco adicional: a interrupção prematura do negócio levaria a uma perda parcial do valor investido nesse ativo específico.

Essa parte, então, para se proteger do risco, vai tentar prever todos os resultados possíveis para essa transação, já se adiantando nos remédios e ações contingenciais. No entanto, a previsibilidade limitada, condicionada pelo sistema natural da insegurança jurídica, faz com que ainda sobrevivam lacunas contratuais²⁸. Dessa forma, a outra parte pode agir de maneira oportunista, aproveitando a situação imprevista para redefinir os termos no negócio a seu favor ou mesmo por de fora suas obrigações contratuais.

Nesses termos, a parte que fez o investimento se torna vulnerável às demandas da outra parte, em razão da impossibilidade de se ter segurança jurídica absoluta em ambos os seus aspectos.

²⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações.** http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1125.pdf Acesso em 06.01.2014, p. 5.

²⁸ PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações.** http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1125.pdf Acesso em 06.01.2014, p. 9.

O argumento aqui trazido é que o direito do desenvolvimento é construído nos moldes do Estado de direito e esse Estado, da mesma forma, depende da segurança jurídica. Por isso, a fragilidade no discurso da segurança jurídica influencia o direito do desenvolvimento, que se traduz numa economia forte, com taxas crescentes de investimento e crescimento, além dos seus demais aspectos econômicos, sociais e culturais. No entanto, como visto, a insegurança contribui para o contrário, para o estancamento do investimento e da produtividade, prejudicando assim, o próprio direito do desenvolvimento econômico.

Importante ainda mencionar que o fato da insegurança prejudicar o crescimento das taxas de investimento e produtividade não traz consequências para o direito do desenvolvimento apenas no seu viés econômico. O fato é que esse crescimento no investimento poderia gerar mais emprego e melhorias nas condições sociais, o que ratifica a ideia de que o direito do desenvolvimento está prejudicado num cenário de insegurança.

Assim, da maneira que o direito do desenvolvimento está estabelecido, nos moldes de um Estado de direito, é importante pra esse desenvolvimento ter as regras do jogo claras no que concerne ao âmbito jurídico. Certeza e previsibilidade nas transações econômicas são categorias imprescindíveis para encorajar o investimento, a eficiência e o crescimento econômico, o que por sua vez, garante emprego e qualidade de vida para o cidadão brasileiro.

A alteração arbitrária de contratos antes ou no momento da sua execução, que acarreta o risco de uma interpretação desfavorável no momento de uma decisão judicial, é o que se pode chamar de insegurança jurídica. Esse fenômeno, como demonstrado, é um elemento que impõe dificuldades na concretização do direito do desenvolvimento.

CONCLUSÃO

O princípio da segurança jurídica tenta facilitar a coordenação da sociedade, inclusive nos seus aspectos econômicos, buscando reduzir as incertezas que cercam as interações humanas. Inspira nos cidadãos a confiança de que, se um direito está sustentado por uma norma, terá os efeitos jurídicos previstos. Essa ideia deve se aplicar também a interpretação e aplicação das normas pelo Judiciário.

No entanto, tomando Posner como parâmetro, foi defendido que esta previsibilidade é uma ilusão metafórica que serve aos propósitos de organização do Estado de direito sem, contudo, traduzir-se em realidade. O que se tem, então, é uma insegurança jurídica vigente.

Nesses termos, a incerteza do direito prejudica a confiabilidade dos agentes econômicos em transações de riscos elevados, que evitam investir em ativos específicos e arcar com perdas no futuro, forçando, assim, investimentos mais seguros e menos rentáveis.

Dessa forma, é possível dizer que a incerteza intrínseca ao direito reduz as taxas de investimento, desacelerando o ritmo da expansão e da produtividade e prejudicando, com isso, o crescimento econômico.

Importante, no entanto, ratificar que o direito do desenvolvimento não é sinônimo de crescimento econômico. Porém, este é um dos elementos de concretização daquele. Assim, o prejuízo do crescimento econômico é também o prejuízo parcial do direito do desenvolvimento.

É possível, dessa maneira, concluir que a hipótese inicial proposta para esse trabalho, de que o direito do desenvolvimento vai encontrar dificuldades de concretização em razão de, sob alguns aspectos, ser dependente do princípio da segurança jurídica, confirma-se. Em razão do encadeamento de conclusões tem-se que uma visão crítica da segurança jurídica ou, como diz Posner, da aceitação da incerteza no direito, proporciona a inferência lógica de que o direito do desenvolvimento, construído sobre bases de previsibilidade, está prejudicado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; FRANCO, Fernanda Cristina Oliveira; PETERKE, Sven; VENTURA, Victor Alencar Mayer Feitosa. **Direitos Humanos e Solidariedade: avanços e impasses**. Curitiba: Appris, 2013.

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

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>

Acesso em 19.01.2014.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações.**

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1125.pdf Acesso em 06.01.2014

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito.** Trad. Jeferson Luiz Camargo.

São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos.** Trad. Milton Amado. Belo

Horizonte: Itatiaia Ltda., 1998.

STRAUSS, Leo. I: Sobre la Política de Aristoteles.II: Sobre la República de Platón. In:

_____.**La ciudad y el hombre.** Trad. Leonel Livchits. Buenos Aires: Katz, 2006.