

O DIREITO EM SEU LABORATÓRIO JURISDICIONAL: OS SENTIDOS DE VERDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.

“LAW IN ITS JURISDICTION LABORATORY: THE SENSES OF TRUTH AND LEGAL CERTAINTY”

Aléssia Barroso Lima Brito Campos Chevitarese

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo a análise da segurança jurídica como expressão da verdade para o Direito. O veredito de uma decisão, em matéria de ‘segurança’ deve estabelecer critérios de confiança e estabilidade para a sociedade. A partir do questionamento sobre qual é o sentido do Direito, verifica-se que no contexto de uma realidade complexa, a jurisprudência representa a força motriz para a ordem jurídica. Contudo, a dinâmica jurisprudencial deve pautar-se por critérios de coerência. A Tópica enquanto técnica decisional confere um rol de conceitos aceitos para a concretização do sentido da segurança jurídica. O processo de configuração e conformação dos sentidos demanda uma experiência em concreto, no ‘laboratório jurisdicional’, sobretudo através dos debates ocorridos por ocasião do julgamento de um *leading case*. Na realidade brasileira, o Supremo Tribunal Federal representa, perante a sociedade, o papel de guardião de seus valores. A expectativa pelas decisões do Tribunal demonstra o impacto do ‘agir prudente’ e quão flexíveis são as estruturas jurídicas como ‘a coisa julgada’. A sociedade espera que os operadores do Direito, mormente os magistrados, trabalhem a (in)certeza através de uma experimentação segura.

PALAVRAS-CHAVES: Segurança jurídica; verdade; Tópica.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the legal certainty as an expression of the truth of the law. The verdict of a decision, in terms of certainty, should establish criteria of confidence and stability to society. From the question about 'what is the meaning of the law', it appears that in the context of a complex reality, the law is the driving force for the legal order. However, the dynamics of the decisions should be guided by criteria of coherence. The Topics while decisional technique gives a list of accepted concepts for the realization of the meaning of legal certainty. The process of configuration and conformation of the senses demand an

experience in concrete, in the 'court as a laboratory', especially through the debates that took place during the trial of a leading case. In fact, to the society, the Brazilian Supreme Federal Court performs the role of guardian of its values. The expectation by the decisions of the Court demonstrates the impact of the 'to act prudently' and how flexible are the legal structures as the 'res judicata'. It is expected that the legal practitioners - mainly the magistrates - handle the certainty (or uncertainty) through a safe experimentation.

KEYWORDS: Legal certainty; truth; Topics.

INTRODUÇÃO

“Qual o papel do Direito na sociedade?”. Esse questionamento é fundamental para o processo de compreensão do sentido do Direito e seus institutos, como a segurança jurídica. O legado histórico que o Direito deixou ao estágio atual da sociedade é uma convicção de que este não se resume à norma posta. E também que a trilogia fato, valor e norma (REALE, 1994), deve ser acrescentada a um entendimento decisional. Atualmente, a jurisprudência no modelo romano-germânico, tem desempenhado um papel de ‘força motriz’ do direito positivado. A atividade de interpretação do magistrado implica em uma atitude criadora do direito. Revela-se como um forte instrumento atualizador do sentido da norma e do próprio papel do direito. Assim, a herança jurídica a ser inventariada e partilhada pelos membros da sociedade demanda uma reflexão sobre critérios de verdade e certeza, constantes do processo de interpretação da norma. Sob esse aspecto, a experiência jurídica do agir decisório, no âmbito da contemporaneidade, convida o direito a dar uma resposta sobre qual o sentido da segurança jurídica como expressão institucional da verdade.

Enquanto o poder legislativo discute os elementos da norma, o poder judiciário deve dar, na medida de sua prudência, uma resposta ao problema fático. A decisão judicial passa a ser aguardada com ansia por toda a sociedade. Os debates produzidos por ocasião de julgamentos em casos complexos, difíceis ou alta repercussão no Supremo Tribunal Federal são acompanhados como uma ‘final de campeonato’ pela multidão. E, reitera-se, ao vivo e em cores. Esse fenômeno, tomado por uma leitura preliminar, demonstra que o direito hoje é mais que expressão de ordem na sociedade. O grau de confiança nas decisões é levado a patamares surpreendentes. A esfera de formação e conformação do direito opera-se de forma dialógica. A interdisciplinaridade é um instrumento que acompanha essa evolução. Nesse contexto, destaca-se a ideia de um “judiciário como um superego da sociedade”, isto é, “uma

representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração” (MAUS, 2000). Uma veneração popular pelo Poder Judiciário.

Em face desse fenômeno, na arena social, o papel do magistrado poderia apresentar dualidade de faces, como a divindade romana Jano, feições “heroicas” ou “vilanescas”, a depender do resultado dos julgados e dos anseios morais de parcela da sociedade. Contudo, no que concerne ao sentido de confiança e certeza sobre as decisões dos magistrados, a face neutra da prestação jurisdicional no Estado Democrático de Direito impõe critérios de objetividade. Assim, se a escolha sobre qual modelo de interpretação é subjetiva, a construção dos argumentos, a *ratio decidendi*, deve ser objetiva. A justificação pública deve apresentar contornos metodológicos de objetividade. Sobre esse aspecto, entende-se que a segurança jurídica pode ser analisada a partir de uma técnica decisional, como a tópica.

O tema central desse trabalho consiste em analisar os sentidos conferidos à segurança jurídica. De fato, o direito em seu laboratório jurisdicional necessita trabalhar a *ratio decidendi* como força evolutiva em uma sociedade complexa. É preciso desvendar mitos e compreender qual é o significado da segurança jurídica e certeza no Direito em casos concretos. A escolha de um sentido sobre a segurança jurídica em uma dada matéria, como a coisa julgada, pode apresentar a ‘verdade’, mesmo que transitória, para o direito. E, conseqüentemente, fixar os contornos jurídicos de um sistema estável que inspira confiança para a sociedade.

A partir desse enfoque, o trabalho é estruturado em três partes. Na primeira parte apresentam-se as concepções de verdade. Com efeito, diante da necessidade de um processo de ‘desocultação’ da verdade, observa-se a legitimidade da instância jurisdicional como definidora de uma ordem jurídica competente para revelar os critérios de certeza para direito. A segurança jurídica no laboratório judicial é submetida a um ‘teste’ de falseabilidade que pode ser visualizado na hermenêutica como um ato conjunto de conhecimento para compreender e criar um catálogo de sentidos à ‘segurança’. Após a análise da Tópica como um instrumentário para o ‘agir decisional’, apresenta-se a segunda parte do trabalho em que são demonstrados certos significados para segurança jurídica, com ênfase ao seu conteúdo legal e doutrinário. A terceira parte do artigo tem por escopo trabalhar a prática de fixação dos sentidos da segurança jurídica no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a partir de um *leading case* sobre o instituto da coisa julgada. Em considerações finais, verifica-se que, o papel do Direito na sociedade atual demanda um equilíbrio entre o conforto da segurança e os avanços trazidos pela modernidade. A segurança jurídica, como expressão institucional da ‘verdade’ e

‘certeza’, revela a força da jurisprudência como agente de criação dos sentidos conferidos aos institutos que compõem a ordem jurídica.

1. ANÁLISE DA SEGURANÇA JURÍDICA A PARTIR DOS *TOPOI*: VERDADE E CERTEZA

Em uma sociedade complexa e plural como é a própria sociedade brasileira do século XXI, algumas ‘verdades’ jurídicas precisam ser desmistificadas. A começar pelo conceito de verdade. A ‘verdade’, no direito, pode ser identificada no conforto e imutabilidade proporcionados pela segurança jurídica. Nesse sentido, a verdade está para a segurança jurídica, assim como a certeza está para o Direito. Mas o que se entende por verdade?

Sob o aspecto terminológico, o vocábulo “veredicto” nos indica um pronunciamento verdadeiro, sobre a verossimilhança de fatos que foram (no passado), mas que através de uma narrativa veraz apresentam-se como verdadeiros no presente. Em geral, se entende por verdade, a qualidade em virtude da qual um procedimento cognitivo qualquer se torna eficaz em uma dada realidade. Segundo Abbagnano (2007) é possível distinguir cinco concepções pautadas em conceitos fundamentais de verdade, a saber:

Quadro 1. Concepções sobre a verdade

Concepção	Conceitos fundamentais
i) Verdade por correspondência	<ul style="list-style-type: none"> • Platão foi o primeiro a formular explicitamente, na definição do discurso feito em Crátilo: “Verdadeiro é o discurso que diz as coisas como são; falso é aquele que as diz como não são”.
ii) Verdade como revelação ou manifestação	<ul style="list-style-type: none"> • Para a forma empírica, a verdade consiste em um fenômeno. • Para a forma metafísica ou teológica, a verdade se revela em modos de conhecimentos excepcionais. • Em comum: ênfase dada a evidência.
iii) Verdade como conformidade com a regra ou conceito	<ul style="list-style-type: none"> • Identidade do objeto de conhecimento com a norma. O conhecimento deve adequar-se a norma para ser verdadeiro.
iv) Verdade como coerência	<ul style="list-style-type: none"> • Os graus de verdade que o pensamento alcança podem ser julgados segundo o grau de coerência que possuam. Verdade ou realidade é coerência perfeita.
v) Verdade como utilidade	<ul style="list-style-type: none"> • Referência ao Pragmatismo. Equação entre utilidade e verdade. • Uma proposição só é verdadeira por sua efetiva utilidade, e.g. ampliar um dado conhecimento.

Fonte: elaborado pela autora a partir de ABBAGNANO, 2007, p.995-998.

As concepções sobre a verdade identificam o campo de construção de um dado conhecimento. Para a dogmática jurídica, a ‘verdade como conformidade com a regra ou conceito’ confere à norma a própria expressão da verdade. Na mesma medida, verifica-se que a ‘verdade como coerência’ pode ser também um critério para o agir decisional em busca de uma certeza. A indagação sobre a natureza da verdade não se esgota no plano lógico-epistemológico. No campo da hermenêutica trabalha-se a verdade enquanto componente da interpretação. Para Gadamer (2002), a verdade pode ser identificada como ‘pertença ao jogo’. Gadamer que se inspira em Heidegger, observa a verdade a partir da auto-manifestação do ser na linguagem. O ser que pode ser compreendido é a linguagem. Nesse sentido, a verdade é extrametódica, uma vez que “a ela não se tem acesso com um método de tipo científico, em virtude do qual um sujeito indague neutralmente um objeto que está diante dele, mas como um procedimento de natureza interpretativa” (coerência) (ABBAGNANO, 2007, p. 1188).

A verdade se situa, ainda, na esfera da eventualidade. A verdade não é uma construção do homem, o indivíduo não a dispõe. A verdade se impõe como a ideia de pertença e de jogo. Como pertença, a verdade não se limita ao agir do sujeito. Com a ideia de jogo, o processo tem primazia em relação a seus protagonistas (ABBAGNANO, 2007, p. 1189).

A verdade como ‘pertença ao jogo’, reconhece o processo hermenêutico como algo contínuo. A evidenciação do sentido verdadeiro contido num texto não chega, em certo ponto, a uma conclusão. Contudo, é preciso trabalhar com graus de certeza. Nesse sentido, o processo de desvelamento da verdade passa por “desocultações”. ‘Não é possível progredir, sem abrir mão de certas verdades’. Para Gadamer (2002, p.60-61):

“A verdade é a desocultação. [...] Se a verdade (*veritas*) só se dá pela possibilidade de verificação, seja como for, então o parâmetro que mede o conhecimento não é mais sua verdade, mas sua certeza. Por isso, desde a formulação clássica dos princípios de certeza de Descartes, o verdadeiro *ethos* da ciência moderna passou a ser o fato de que ela só admite como condição satisfatória de verdade aquilo que satisfaz o ideal de certeza”.

A busca por uma ‘verdade’ no campo do direito é possível através do processo de descoberta dos critérios dogmáticos e axiológicos de certeza. Um plano adequado de demolição do edifício da segurança jurídica e de seus anexos deve começar por ‘criticar as crenças que mais prezamos’ (POPPER, 2008). Ainda conforme o autor, é possível que esta ação pareça ‘um plano perverso’. Mas não o aparecerá aos que querem descobrir o sentido de uma conjectura que atenda aos desafios de seu tempo (POPPER, 2008).

Nessa tarefa, importa reconhecer que a segurança jurídica é uma hipótese passível de desconstrução, contudo qual ferramenta a ser utilizada nessa empreitada? Para Kuhn (2007, p. 105):

“Na manufatura, como na ciência – a produção de novos instrumentos é uma extravagância reservada para as ocasiões que a exigem. O significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos.”

Com efeito, admitida a unidade do conhecimento como ciências a serviço do saber, pode-se aplicar o *instrumentarium* das ciências da natureza, às ciências sociais em geral. Particularmente, tanto à teoria quanto à práxis do direito são englobadas sob o vasto rótulo de experiência jurídica (COELHO, 2010, p. 37).

A acredita-se que a legitimidade da instância judicial como definidora de uma ordem jurídica está, sobretudo, na capacidade de desvendar e revelar os critérios de certeza para o direito. Nesse sentido, um possível teste de falseabilidade e experimento pode ser visualizado na hermenêutica como um ato conjunto de conhecimento para compreender, interpretar, ‘desocultar’ e criar uma nova conjectura. Nesse sentido, Gadamer (2002, p.70) propõe como partida para esse processo, a lógica da interpelação. Assim só há ‘verdade’ no enunciando quando temos consciência de que tanto a resposta quanto a pergunta tem uma função hermenêutica. Essa lógica pode ser sentida, sobretudo, nos *hard cases*, em que não existe um modelo decisional pronto. Impera-se uma pergunta e aguarda-se uma resposta.

A partir de uma visão complexa, verifica-se que o poder judiciário no exercício do *iurisdictio* está inserido em uma sociedade dinâmica e cercada de incertezas. Isso faz com que não seja possível a previsão normativa em vários campos na mesma velocidade em que ocorrem as mudanças na sociedade. “A lei é sempre deficiente, não porque o seja por si mesma, mas porque frente ao ordenamento a que intencionam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.” (GADAMER, 1997, p.474). Não obstante, o magistrado ‘não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei’, conforme dispõe o art. 126 da Lei n. 5.869/73, Código de Processo Civil Brasileiro.

A partir dessas constatações, como conciliar a atividade criativa do magistrado (com a imperativa prudência) no exercício da hermenêutica e a segurança jurídica transmitida por mecanismos tais como direito adquirido e ato jurídico perfeito (respeito às formas pré-estabelecidas na lei ou em precedentes) e a própria certeza no direito (a segurança por imutabilidade) diante de casos complexos e/ou difíceis? A reflexão sob esses aspectos nos

reporta à ‘atualidade hermenêutica aristotélica’, consoante a descrição de Gadamer (1997, p. 474):

“No direito positivo, Aristóteles não reconhece o direito verdadeiro absoluto, mas ao menos na chamada ponderação da equidade, vê uma tarefa complementar do direito. [...] Aristóteles conhece efetivamente a ideia de um direito inalterável, mas a limita expressamente aos deuses e declara que entre os homens não só é alterável o direito positivo mas também o natural. Essa alterabilidade é segundo Aristóteles, perfeitamente compatível com o caráter ‘natural’ desse direito’.

De fato, a ética aristotélica nos convence de um agir seguro por critério de equidade. E, sobretudo, ganha relevância por sua dimensão sobre a apreciação adequada do papel que a razão deve desempenhar na atuação ética como parâmetro de ‘desocultação’, revelação e mutabilidade do direito. Tal é a força do agir seguro, que a arte de decidir recebe uma aceção especial, assim para Aristóteles (1984, p. 105):

[...] “Eis aí por que as pessoas em disputa recorrem ao juiz; e recorrer ao juiz é recorrer à justiça, pois a natureza do juiz é ser uma espécie de justiça animada; e procuram o juiz como um intermediário, e em alguns Estados os juízes são chamados mediadores, na convicção de que, se os litigantes conseguirem o meio termo, conseguirão o que é justo. O justo, pois, é um meio-termo já que o juiz o é. Ora, o juiz restabelece a igualdade. É como se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retira a diferença pela qual o segmento a excede”.

É manifesta a importância do agir prudente como técnica de revelação da verdade para o direito. Está nas mãos do magistrado a expressão da certeza e segurança para a ordem jurídica. Contudo como conciliar a atividade hermenêutica e os critérios de interpretação com uma ‘técnica’ segura e objetiva para a criação da ‘verdade’. Ainda em Aristóteles se encontra a inspiração para um estilo decisório realizado pelos magistrados.

Na obra *Organon*, em seu livro V, (Tópica), Aristóteles apresenta o termo *topoi* para se referir aos meios pelos quais se efetuam os raciocínios; os tópicos, ou lugares, para cuja observância são úteis os argumentos. “Tratam-se de proposições básicas do pensamento jurídico que não são formalmente rigorosas nem podem ser formuladas na forma de axiomas lógicos, mas são *topoi* da argumentação.” “A expressão *topos* significa lugar comum. São fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 2). “Aristóteles parte da afirmação de que a tópica tem por objeto conclusões que decorrem de premissas que parecem verdadeiras com base numa opinião respeitável” (VIEHWEG, 2008, p. 24).

“A tópica não é propriamente um método, mas um estilo”. Trata-se mais de uma técnica de pensamento problemático. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior a tópica não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas. No campo teórico do Direito, “pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa”. (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p.2). O estilo tópico, como uma ‘tentativa’ interpretativa de um problema mantém em aberto algumas ‘figuras doutrinárias do direito’ que assumem “significações em função dos problemas a resolver”. Em caráter exemplificativo, aponta Ferraz Júnior (1979, p.3):

“Noções-chaves como interesse público, vontade contratual, autonomia da vontade, bem como princípios básicos como não tirar proveito da própria ilicitude, dar a cada um o que é seu, *in dubio pro reo* guardam um sentido vago que se determina em função de problemas como a relação entre sociedade e indivíduo, proteção do indivíduo em face do Estado, do indivíduo de boa fé, distribuição dos bens numa situação de escassez etc., problemas estes que se reduzem, de certo modo, a uma aposta nuclear, isto é, a uma questão sempre posta e renovadamente discutida e que anima toda a jurisprudência: a aporia da justiça.”

A tópica como técnica do pensamento problemático encontra na jurisprudência uma técnica que está “a serviço de uma aporia” e deve “corresponder com os pontos essenciais da tópica”. Para Viehweg é preciso “descobrir na tópica a estrutura que convém à jurisprudência”. Nesse sentido, são estabelecidos os seguintes pressupostos (VIEHWEG, 2008, p. 97):

- i) A estrutura geral da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema;
- ii) As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e suas proposições têm de permanecer vinculadas de um modo específico com o problema e só podem ser compreendidas a partir dele e;
- iii) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra é preciso ser evitada.

Esses pressupostos indicam, em síntese, que a jurisprudência deve ser concebida como uma permanente discussão de problemas. O que efetivamente é permanente é a aporia fundamental. “Disso resulta, com especial clareza, que a dedução é imprescindível em todo pensamento”. Mas não em sua forma diretiva, o que corresponderia a um sistema perfeito.

Decisiva é a escolha das premissas que se produz como consequência de um determinado modo de entender o Direito, à vista de uma aporia fundamental. “A perturbação da dedução” deve acontecer através de uma invenção – proteção da confiança – quando os resultados não forem satisfatórios como resposta à questão central (VIEHWEG, 2008, p. 103). O equilíbrio da ordem normativa através do agir decisório deve manter-se móvel, mas respeitando-se um núcleo essencial. A técnica da desconstrução de conceitos está na dinâmica dos tópicos. Um procedimento que prima pela investigação e não se encerra em dogmas. A verdade é um *topos*, isto é, um conceito formado por um consenso, e não um fim em si mesmo.

Os *topoi*, numa determinada cultura, constituem repertórios organizados conforme outros *topoi*. Os *topoi*, tomados isoladamente, constituem, para a argumentação, o que se denomina de tópica de primeiro grau. Quando organizados, formam uma tópica de segundo grau (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 3). Assim, a Tópica ou *ars inveniendi* fornecem utilidade proveitosa, *topoi* ou *loci* proporcionam auxílio concreto, na medida em que funcionam enquanto provisão hipotética. Como também são utilizados para a localização de pontos de vista de problemas solucionáveis, na orientação indicada por uma tópica de primeiro ou de segundo grau, como possibilidades de partida para a discussão (VIEHWEG, 2008, p. 113).

“O raciocínio tópico se vale dos repertórios de *topoi*. Há certos limites e toda vez que se tenta dar-lhes alcance maior, percebe-se que os *topoi* se vêem envolvidos por contradições lógicas”. Para Ferraz Júnior (1979), mesmo princípios universais como ‘dar a cada um o que é seu’ encontram limitações argumentativas na própria tecitura social, em que há uma variedade de interesses. De fato, o repositório de *topoi* é flexível. Mas é em virtude dessa característica que o pensamento tópico pode auxiliar na forma de interpretação dos tópicos jurídicos, preservando formas antigas e abrindo-se a novas descobertas. Na tentativa de manter vivo o debate diante do complexo conhecimento humano.

Verifica-se que o agir prudente em conjunto com um estilo flexível de confrontar opiniões e decidir com equilíbrio são elementos fundamentais na tarefa de sopesar os argumentos e traduzir em critérios de ‘verdade’, graus de certeza e confiança para o Direito. A objetividade Jurídica não está apenas no dogmatismo da norma, mas, sobretudo no agir decisional pautado em uma meditação *a priori*. A abertura tópica torna-se um instrumental jurisprudencial para a compreensão dos sentidos atribuídos à segurança jurídica.

2. CONTEÚDOS DA SEGURANÇA JURÍDICA

A verdade para o Direito pode ser percebida através de critérios como a estabilidade e a confiança na ordem jurídica. A ascensão da Justiça à última instância de consciência da sociedade é acompanhada por confrontos sobre o que se entende por segurança jurídica. Na realidade brasileira, diante do marco da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal foi investido na competência para uniformizar a interpretação da Constituição Federal. Consoante CARVALHO (2009, p. XIV e XV), ao exercitar a prerrogativa, o Tribunal põe em prática as funções de:

- i) Estabilizar o sistema, especificando o fato e a conduta regradada pela norma;
- ii) Realizar a segurança jurídica, instaurando como previsível o conteúdo da coatividade normativa;
- iii) Promover a orientação jurisprudencial, para indicar a referida compreensão aos tribunais judiciários de inferior hierarquia, bem como aos magistrados que viessem a prolatar decisões sobre a matéria, ou seja, estabilizando a jurisprudência segundo a diretriz que os tribunais superiores consolidaram;
- iv) Operar no sentido da simplificação da atividade processual, pois ao julgar de idêntica forma os casos semelhantes, acelera o processo decisório e garante a igualdade na prestação jurisdicional, além de reduzir, sensivelmente, o volume de processos existentes a respeito daquele objeto; e, por fim a,
- v) Previsibilidade decisória, porquanto em decorrência da uniformização dos julgados, alimenta-se a expectativa dos destinatários quanto aos desfechos das causas, tornando previsíveis os resultados.

Esse rol de expectativas, com destaque para a segurança jurídica, nos indica que, no exercício da estabilidade, os debates produzidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, constituem-se em critérios de conformação, em concreto, da segurança jurídica e da própria certeza para o Direito. Cumpre reconhecer que essa análise demanda uma pergunta prévia: qual o limite da atividade criativa do juiz para que não usurpe a 'esfera de conforto' e a estabilidade social? Para uma possível resposta, cumpre revisitar o alerta de Cappelletti (1988, p.93):

“O verdadeiro perigo não vem de fora: é um lento exaurimento da consciência, que a torna aquiescente e resignada. [...] Acontece que os magistrados se reduzem a constituir entre si uma espécie de ermo isolado. E, no entanto, desejar-se-ia no magistrado, sobretudo, largueza de ideia: a despreconceituosa experiência do mundo, a cultura que permite entender os fenômenos sociais que fervem sob a lei. Sob a ponte da justiça passam todas as dores, as matérias, todas as aberrações, todas as opiniões políticas, todos os interesses sociais. [...] Justiça é compreender: isto é, tomar conjunto e adaptar interesses opostos”.

Sabe-se que a incerteza movimenta a ciência, que por sua vez influencia no contexto jurídico. O direito deve trabalhar com a incerteza, com o novo. Incerteza não é imprevisibilidade, mas é uma forma de desvendar a verdade. Ademais, se a tarefa de desocultação incumbida aos magistrados deve-se pautar por uma ‘justa medida’ além da certeza normativa, cabe reconhecer sua humanidade e não uma pretensa ‘divindade’, ou a roupagem de um ser mítico cuja tarefa é hercúlea. Impera-se a referência a Dworkin (1999, p. 455) como um parâmetro de ética jurídica na figura do juiz Hércules. “Um verdadeiro juiz deve às vezes introduzir ajustes naquilo que acredita ser o certo enquanto questão de princípio e, portanto, também questão de direito”. Ainda nesse sentido, cumpre recordar o debate entre Antonin Scalia e Dworkin no ensaio, *A matter of interpretation: federal courts and the Law* (1997, p. 23):

“Para ser um textualista em boa posição, não é preciso ser muito tacanho para não perceber que o novo tempo exige novas leis. Basta manter a crença de que os juízes não têm autoridade para perseguir os fins mais amplos ou escrever essas novas leis”.

Hoje, a evolução do direito no campo decisional demanda uma incerteza quanto ao processo de criação da verdade e uma certeza quanto a necessidade de um experimento no laboratório judicial das implicações decorrentes do processo de mudança social. Para Pires (2005, p.256), o ordenamento jurídico deve “sustentar a segurança coletiva, respeitada a segurança das esferas individuais”. É dizer: “há de se buscar no plano na segurança jurídica coletiva a legitimação das ordens fragmentárias de estabilidade, sob pena de quebra da ideia de uma ordem inclusiva e não segregadora do Direito”. No contexto atual, diante das realidades jurídicas mais complexas, constitui-se um erro avaliar a segurança jurídica como um conceito estático. Trata-se, em verdade de um *locus* cambiante cujo o limite está no agir decisional, conforme já exposto.

A partir da tensão entre segurança e mutação jurídica pode-se analisar o nosso contexto normativo. A Constituição da República Federativa de 1988 assegura em seu art. 5º, inciso XXXVI que: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa

julgada”. Da história do constitucionalismo pátrio, Raul Machado Horta (1995, p. 280). aponta uma explícita recusa do direito adquirido, constante do art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título”.

A Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003, dita em ser artigo Art. 9º:

“Aplica-se o disposto no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.”

Com efeito, apesar do dispositivo apenas se referir expressamente à lei, conclui-se que a previsão do limite legislativo se estende à aplicação da lei pelo magistrado. A norma constitucional assegura a tríade para a explicitação dos critérios (*topoi*) de segurança jurídica, a serem analisados em concreto na atividade de pronunciamento da justiça. Para Pires (2005, p. 283), “não se pode perder de vista o fato de que, em face da garantia constitucional da segurança jurídica, cabe ao juiz dizer da característica fática na norma judicial”. O certo é que o “cânone da intangibilidade” é uma matéria que deve ser acomodada no campo da aplicação. Assim:

Ainda sobre a reflexão das normas de proteção à segurança jurídica, cumpre reportar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB - (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei nº 12.376/2010), em seu artigo 6º demonstra os *loci* normativos para a interpretação da tríade da segurança jurídica, a saber:

Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada:

§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º - Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

O conteúdo da tríade da segurança jurídica é encontrado na referida lei infraconstitucional. Contudo, verifica-se que não se trata de definições fechadas, de rigor metodológico, mas de elementos identificadores da segurança jurídica. Para Roberto Freitas Filho, as normas têm um sentido orientador de conduta. Estabelece a esfera de possibilidades de ação do sujeito. Nesse sentido, a ideia de segurança jurídica esta diretamente vinculada à previsibilidade do sentido de um dado texto normativo (FREITAS FILHO, 2009, p. 175). Trata-se de conceitos em aberto. A doutrina de José Afonso da Silva (2002) ilustra a abertura desses termos, conforme se apresenta no quadro a seguir.

Quadro 2. A segurança jurídica sob o enfoque do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Conceitos	Característica
Direito Adquirido	<ul style="list-style-type: none"> • Quando o direito subjetivo foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada (direito satisfeito). • Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. • Não se trata da questão da retroatividade da lei, mas tão somente de limite de sua aplicação. A lei nova não se aplica a situação objetiva construída sob o império da lei anterior.
Ato Jurídico Perfeito	<ul style="list-style-type: none"> • A definição contida na norma infraconstitucional (art. 6º, § 1 da LINDB) indica a ideia de que o ato jurídico perfeito é aquela situação consumada. • Contudo, por um juízo de interpretação não é disso que se trata. O direito consumado é intangível pela lei nova, não por ser ato jurídico perfeito, mas por ser o direito adquirido já consumado. • A diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo é negócio fundado em lei.
Coisa Julgada	<ul style="list-style-type: none"> • A garantia se refere a coisa julgada material. Reporta-se ao art. 476 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. • A doutrina processual classifica a coisa julgada em: • Coisa julgada formal quando há impossibilidade de modificação da sentença no mesmo processo, como consequência da preclusão dos recursos. Princípio da inalterabilidade do julgamento. • Coisa julgada material quando a decisão judicial (apreciado o mérito do pedido) fixa-se no tempo e no espaço, não havendo mais a possibilidade de se recorrer por qualquer outro processo. • A proteção constitucional da coisa julgada não impede que a lei preordene regras para a sua rescisão mediante atividade jurisdicional. • A lei não pode desfazer a coisa julgada. Mas prevê licitamente sua rescindibilidade por meio de ação rescisória.

Fonte: formulado pela autora a partir de Silva, 2002, pp. 432-435.

Consoante o exposto, para José Afonso da Silva, em termos gerais a segurança nas relações jurídica está diretamente ligada à estabilidade dos direitos subjetivos. Conforme Vanossi citado por Silva (2002, 431), “segurança jurídica permite às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Para Derzi (2009, p. XXVI), a partir do marco sistêmico de Luhmann, a segurança jurídica esta vinculada ao princípio da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva. As modificações da jurisprudência não podem configurar surpreendentes ‘reviravoltas’ judiciais. É necessário que o magistrado atenuar os efeitos da mudança, protegendo a confiança e a boa-fé daqueles que tinham pautado seu comportamento de acordo com os comandos judiciais superados.

No que concerne ao *iter* de formação de um precedente, Derzi (2009, p. 287) demonstra que o fator decisivo, para definir a jurisprudência, identificada como a mesma jurisprudência, será o fato de a pergunta geral (que se extrai de vários casos similares) obter a mesma resposta geral. A ideia de confiança para a segurança jurídica representa uma espécie de fidelidade ao sistema e à justiça. Nesse sentido, “Permitir a alteração do juízo sem a demonstração das diferenças em um novo caso concreto posterior seria consentir no arbítrio e no querer qualquer judicial, em fraca ruptura do sistema”.

Como efeito de estabilidade do sistema, a doutrina atenta para o fato de que a jurisprudência consolidada não deve significar a ‘cegueira’ fática para o operador do direito, mormente o magistrado. Nesse sentido, a análise da ordem normativa sobre a segurança jurídica nos indica o caráter argumentativo do conceito e a preocupação com a coerência da técnica decisional com o caso *sub judice*. Para Sampaio (2005, p.3-4), há um duplo sentido na expressão ‘segurança jurídica’, a saber:

- i) Aspecto objetivo – ‘estabilização das expectativas generalizadas de comportamento. Correção estrutural das normas do sistema jurídico, quanto correção funcional no cumprimento do direito por seus destinatários’.
- ii) Aspecto subjetivo: ‘exigência de certeza do direito, tanto no sentido da previsibilidade quanto da garantia das liberdades e dos direitos individuais, especialmente aqueles de cunho patrimonial’. Em citação à Pérez Luño: ‘estabelecer clima de confiança na ordem jurídica fundada em pautas razoáveis de previsibilidade’.

Com efeito, segurança não pode ser considerada apenas um recorte semântico. Trata-se de uma série de vedações, restrições materiais e procedimentais impostas ao Estado com

vistas a assegurar o exercício e gozo dos direitos individuais. “Significará, portanto, a garantia de conhecimento prévio das consequências de atos e condutas, bem como da certeza de que as regras ou seus efeitos serão mantidos para os atos praticados ou para as avenças feitas”. A segurança jurídica tem por fundamento a “garantia de previsibilidade e da confiança”. (SAMPAIO, 2005, p. 6).

Enquanto os critérios da previsibilidade e confiança parecem constar como elementos basilares na doutrina, pode-se dizer que a segurança jurídica tomada conceitualmente apresenta um aspecto de “volatilidade e fluidez”. Para Campos (2012, p. 35), nenhuma das dimensões em relação às quais se define a segurança jurídica pode ser considerada definitiva sobre seu real significado, tratam-se apenas de impressões históricas registradas em uma dada circunstância. De fato, a junção de todas as impressões serve para dar a direção e o sentido à segurança jurídica, sem querer encerrar o processo de sua (re)significação, que é constante e evolutivo. Nesse sentido, podemos destacar a análise sobre outros significados para a segurança jurídica, conforme demonstra o quadro 3.

Quadro 3. Significados para a segurança jurídica

Significado	Análise
Segurança jurídica como certeza e legalidade	<ul style="list-style-type: none"> • A relação entre segurança jurídica, certeza e legalidade não é perfeita. • Guarda uma incongruência natural que se resolve não apenas por entender que somente a lei traduz segurança jurídica, mas é um dos elementos que a proporciona, na mesma medida em que para a lei existir, exige como condição a segurança no ambiente político.
Segurança jurídica como princípio jurídico	<ul style="list-style-type: none"> • Ao tratar a segurança jurídica como um princípio é o mesmo que admitir que esta possa ser ponderável com outro princípio de mesma categoria. • É admitir que a segurança jurídica pudesse não prevalecer em determinados casos, o que incorreria em contradição aos próprios termos do Estado de Direito que a tem como suposto elemento constitutivo.
Segurança jurídica como valor	<ul style="list-style-type: none"> • Segurança jurídica transcende a ideia de valor, pois é condição de validade e de legitimidade na ordem jurídica. • Não há como acreditar que a segurança jurídica seja um valor, entendido esse como medida de utilidade de um bem. A segurança não pode ser mensurada uma vez que é condição de existência do Estado e do Direito, bem como condição para sua validade democrática.
Segurança jurídica como direito fundamental	<ul style="list-style-type: none"> • O principal problema de se definir a segurança jurídica como direito fundamental é aceitar que a mesma seja ponderada com outros direitos princípios ou valores. • A segurança jurídica é o ambiente que permite aos direitos fundamentais serem criados e desenvolvidos, porquanto aquela contribui para a formação desses e esses, ao se desenvolverem, atestam a validade daquela.

Significado	Análise
Segurança jurídica como condição de validade e legitimidade no Estado Democrático de Direito	<ul style="list-style-type: none"> • A segurança, em sua concepção política, deve vigorar no momento da fundação do Estado, seja qual for o seu modelo, máxime no democrático de direito. • A segurança jurídica deixa de ser um instrumento para se tornar um elemento que constitui a sua própria condição no Estado de Direito.

Fonte: Elaborado pela autora a partir de CAMPOS, 2012, pp. 35-74.

A partir do problema ‘qual o sentido da segurança jurídica?’ apontam-se algumas respostas que após um processo de argumentação passam ou não a ser aceitas. Consta-se que a segurança jurídica sempre irá gerar questionamentos diante do caso concreto. Esse processo é contínuo, o tópico segurança jurídica não se resume de forma isolada e mesmo sua conjugação como outros conceitos não esgota o seu significado, “mesmo porque inesgotável”. (CAMPOS, 2012, p. 63).

Enfatiza-se que “A segurança não é imutabilidade, pois esta é própria da morte. A vida, esta, rege-se pelo movimento, ela cria, é móvel. O que se busca é a segurança do movimento” (ROCHA, 2005, p. 168).

O catálogo de *topoi* apresentado ao termo ‘segurança jurídica’ é confiado, sobretudo ao magistrado no exercício do agir prudente diante um caso concreto apresentado. O *iter* decisional é um instrumento importante para a confiança e estabilidade do direito. O sentido de segurança jurídica como fundamento de uma decisão pode representar um critério de verdade, mesmo que temporário, para toda a ordem jurídica. Nesse sentido, a análise, à luz de um caso concreto apresentado ao “Guardião da Constituição”, demonstra a forma empírica de desocultação do sentido de segurança jurídica. É que se passa a fazer no tópico a seguir apresentado.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SEGURANÇA JURÍDICA

A atividade interpretativa e criadora do Direito exercida pelos magistrados é um instrumento legítimo de conformação da ordem normativa a um sistema estável que representa a confiança e a certeza para os indivíduos. Via de regra, é tarefa fundamental da jurisdição pronunciar sobre o sentido em concreto da segurança jurídica como condição de ordem e equilíbrio para a comunidade. “A compreensão da segurança jurídica não é fechada e só pode ser parcialmente aquilatada diante das situações reais, cujos fragmentos reunidos permitem uma noção mais abrangente, mas nunca definitiva de segurança jurídica”

(CAMPOS, 2012, p. 35). A segurança jurídica não encerra em si mesma, como um escudo impenetrável à dinâmica do direito. A decisão judicial é um importante instrumento para conferir movimento ao direito diante de um caso concreto *sub judice*. Para MÜLLER (2013, p. 15):

“O caso jurídico concreto é tão importante, é tão cofundador da norma jurídica, como a prática é da teoria. Teoria e prática no Direito não são ‘senhora e escrava’, mas irmãs. São equivalentes, mas a prática é a irmã mais velha da teoria, a de mais experiência”.

Em alguma medida e, com a devida prudência, uma decisão judicial pode ser analisada através de uma vertente consequencialista. Para Torres (2012), a doutrina anglo-saxônica da “argumentação consequencialista” (*consequentialist argument*) intensificou-se nos últimos tempos, tanto nos estudos quanto nas próprias decisões do STF. Trata-se que de uma racionalidade finalística, isto é, um modelo fundamentado nas “consequências práticas externas ao sistema jurídico, como justificativa para valoração dos fatos e normas aplicáveis”.

Sopesar as consequências de uma decisão no *iter* de formação da *ratio decidendi* pode ser uma técnica para a preservação da estabilidade do sistema e sua coerência com a realidade social. Ao revés, a ausência de coerência no agir decisório pode ser prejudicial para a sociedade. Nesse sentido, conforme Campos, deve-se ter em mente que não apenas a Lei, o Direito e o Estado são fontes de segurança jurídica. Há outras fontes e a principal delas é o próprio agente do direito, que, no processo de interpretação, também está apto a produzir segurança jurídica (CAMPOS, 2012, p. 38).

A coerência da decisão e o agir prudente são elementos indispensáveis para a segurança jurídica. Para fins de ilustração passar-se-á a analisar um julgado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja matéria é relativa ao conceito de coisa julgada como um dos pilares da segurança jurídica. Trata-se do Recurso Extraordinário n.º 363.889, originário do Distrito Federal, que foi julgado em 02 de junho de 2011 e Publicado no Diário de Justiça em 16/12/2011. A relatoria é do Ministro Dias Tóffoli, conforme demonstra ementa a seguir transcrita, (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 1-2):

“Recurso Extraordinário. Direito processual civil e constitucional. Repercussão geral reconhecida. Ação de investigação de paternidade declarada extinta, com fundamento em coisa julgada, em razão da existência de anterior demanda em que não foi possível a realização de exame de DNA, por ser o autor beneficiário da justiça gratuita e por não ter o Estado providenciado a sua realização. Repropositura da ação. Possibilidade, em respeito à prevalência do direito fundamental à busca da identidade genética do ser, como emanção de seu direito de personalidade. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de

paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos”.

O caso, em síntese, se refere a uma ação de investigação de paternidade, cumulada com alimentos, proposta em 1989, que foi julgada improcedente, por insuficiência de provas. A defesa alegou que a genitora, representante do autor, que litigava sob o pálio da assistência judiciária gratuita, não possuía condições financeiras de arcar com a realização do exame de DNA para efeito de comprovação de paternidade. O magistrado da causa lamentou, à época, que não houvesse previsão legal para o Poder Público custear o exame, vejamos, (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 18):

“Requerida a prova pericial, pelo teste do DNA, instalou-se discussão incidental a respeito de haver, ou não, o requerido assumido do compromisso de participar dos seus custos, sabidamente elevados (U\$ 1.500,00, sem computar aí os honorários do perito). Ao final, inviabilizou-se a realização dessa prova – a que seria essencial e decisiva, dada sua precisão e segurança técnica atualmente - pela recusa do requerido e pela falta de condições financeiras do requerente (...) Lamentável, sob todos os aspectos, a impossibilidade de ter-se aqui, a prova pericial; sobretudo com a precisão hoje assegurada pelo DNA. Resta o consolo de, nestes e noutros tantos casos semelhantes, ficar a parte autora sempre com a possibilidade de, recorrendo, tentar ver o custeio de tal prova se viabilizar, para insistir na Justiça. Fica a esperança, também, e o apelo reiterado, de que o próprio Poder Público, no caso através do Egrégio Tribunal de Justiça, possa no futuro vir a assumir (mediante convênios, ou outra forma) esse ônus, perante uma população, via de regra, carente dos meios até para as despesas cartorárias, tanto mais para uma prova tão onerosa”.

Em 04 de Junho de 1996, foi editada a Lei Distrital nº 1.097, publicada no Diário Oficial do Distrito Federal em 05.06.1996, que dispõe sobre a realização de exames de DNA para instruir processos de reconhecimento de paternidade e de maternidade. Com o advento da lei, foi proposta nova ação. O magistrado de primeira instância rejeitou a preliminar de coisa

julgada suscitada pelo requerido, dando prosseguimento ao processo. Contra referida decisão restou interposto agravo de instrumento, provido pela 5ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal para determinar a extinção do processo sem exame de mérito, por aplicar ‘a coisa julgada’, conforme se verifica da ementa, (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 3-4):

“Civil e Processual Civil – ação de investigação de paternidade – preliminar de coisa julgada rejeitada na instância monocrática – agravo de instrumento – repetição da ação proposta em razão da viabilidade da realização do exame de DNA atualmente – preliminar acolhida – provimento do recurso: havendo sentença transitada em julgado, que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade, proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada neste sentido em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo inarredável esta regra libertadora do art. 468 do CPC, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica. Hipótese de extinção do feito sem julgamento de mérito”.

Ainda em sede recursal, contra referido acórdão, o autor do processo e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios recorreram ao Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário (RE n.º 363.889). O presente *leading case* é importante no contexto da análise da segurança jurídica, uma vez que demonstra a oposição entre três garantias constitucionais: A garantia fundamental da coisa julgada material (art. 5º, XXXVI, CF), informada pelo princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*, CF), e, de outro, segundo a argumentação dos recorrentes, o direito fundamental à filiação (art. 227, *caput* e § 6º, CF) e a garantia fundamental da assistência jurídica integral aos desamparados (art. 5º, LXXIV, CF). Essa última é pertinente à hipótese pelo fato de, na primeira demanda, ter sido a insuficiência de recursos, o motivo para a falta de realização do exame de DNA o que levou, ao final, à improcedência do pedido por ausência de provas. O julgamento foi concluído, decidindo-se pelo conhecimento dos Recursos Extraordinários, dando-lhes provimento para reformar o acórdão recorrido, afastar o óbice da coisa julgada e, por conseguinte, o decreto de extinção do processo sem apreciação do mérito, a fim de permitir o prosseguimento da ação de investigação de paternidade.

Para o Ministro Luiz Fux, em seu voto-vista, no caso em tela, haveria de se considerar a seguinte premissa essencial para a definição da *ratio decidendi* considerando, a repercussão geral do recurso: a possibilidade de afastamento de coisa julgada material, diante da superveniência de novo meio de prova em razão de evolução tecnológica, “meio este dotado de altíssimo grau de confiabilidade e capaz, justamente por isso, de reverter, por si só, a conclusão do julgamento anterior”. Foi recordado em seu voto que, a Segunda Seção do

STJ, no final do ano de 2008, ao julgar o Recurso Especial 706.987/SP, de Relatoria do Min. Humberto Gomes de Barros, uniformizou o entendimento pela impossibilidade de se afastar a coisa julgada material, mesmo diante da perspectiva de realização de exame de DNA. Conforme o seguinte precedente:

“Processo Civil. Investigação de paternidade. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, está reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido”.

Na concepção do Ministro Fux, a “tese ali firmada teve por fundamento o primado do princípio da segurança jurídica, que seria ferido em seu âmago caso fosse desfeita a proteção constitucionalmente assegurada à coisa julgada matéria”. Nesse sentido, “não seria lícito, sob esse prisma, submeter a coisa julgada a renovados ataques a cada descoberta científica, com sensível impacto na estabilidade por que devem se pautar as relações sociais”, (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 86).

Verifica-se, a partir da leitura do voto que o sentido conferido à segurança jurídica se aproxima da ideia de princípio e valor. Consoante ementa constante do voto do Min. Fux, (Acórdão - RE n.º 363.889, p.72- 73):

[...] “Aptidão a ensejar a formação de coisa julgada material. Especificação da natureza da relação jurídica controvertida *in casu*. Distinção das demais hipóteses teóricas de afastamento da coisa julgada material. *Status* constitucional da proteção da coisa julgada material no direito brasileiro. Norma dotada de natureza de regra, informada pelo princípio da segurança jurídica. Condição de certeza quanto às premissas para que cada indivíduo formule seu plano de vida. Interpretação pautada pelo dever de coerência. Sistema de regras e princípios. Sobreposição de âmbitos de proteção. Técnica da ponderação de valores. Concessões recíprocas guiadas pelo postulado da proporcionalidade. Preservação do núcleo essencial das normas constitucionais. Fixação de relações de precedência condicionada. Parâmetros interpretativos. Possibilidade de ponderação de regras constitucionais. Natureza excepcional”.

O problema de se atribuir o sentido de “princípio ponderável” à segurança jurídica reside no fato de reconhecê-la em sua condição acessória e complementar da ordem jurídica. Para Barroso (2012), a “segurança jurídica tem força primária no ordenamento jurídico e no Estado” (p. 44). Trata-se de condição *sine qua non* de validade e condição de legitimidade. Aceitando-se a ponderabilidade da segurança jurídica em colisão aparente com outro princípio poder-se-ia minar a força de um instituto que é a base de um Estado Democrático de Direito. Como conceber, através de um juízo de ponderação, a desproporcionalidade ou a não

razoabilidade da segurança jurídica, em conflito aparente com outro princípio? Seria uma contradição em termos. Afinal, entendem-se princípios a partir de qual perspectiva? A escolha de um marco ou estilo é fundamental para o esclarecimento público da decisão.

Em que pese haver opiniões contrárias à utilização da segurança jurídica como ‘princípio’ no fundamento de uma decisão em um *leading case*, a solução encontrada indica a “Preservação da segurança jurídica através da aplicação analógica do regime processual da ação rescisória”. (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 76)

O voto do Ministro Marco Aurélio demonstra a preocupação com a relativização da coisa julgada e conseqüente abalo na instituição segurança jurídica, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Vejamos (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 148):

“Presidente, certa vez, li e colhi a máxima de um doutrinador – que há mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que em ser injusto, para salvaguardar as aparências de justiça. Também me considero, Presidente, na Suprema Corte, mas, desde cedo percebi que, quanto mais remota a possibilidade de revisão de uma óptica, maior deve ser o apego ao direito posto, maior deve ser a fidelidade aos princípios, maior deve ser o receio em claudicar na arte de proceder e de julgar. Não é por não existir, acima do Supremo, órgão capaz de examinar o acerto ou o desacerto das decisões que profira que poderemos, simplesmente, fechar a legislação e deixar de lado a Constituição Federal para implementar – segundo nosso critério, nossa formação simplesmente humanística, colocada a técnica em segundo plano – a solução que entendamos mais adequada”.

Para Marco Aurélio, que prolatou voto divergente na decisão, a coisa julgada “tem envergadura constitucional que nem mesmo a lei pode feri-la de morte” (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 148). A Constituição Federal de 1988 teria estabelecido os limites objetivos para o sentido da ‘segurança jurídica’ e seus institutos, tanto é que, no que concerna às ações rescisórias foi estabelecido condições e prazos limitados.

As conseqüências reais de uma decisão podem constituir-se em critérios que assegurem a estabilidade de um sistema. O sentido consequencialista da ‘segurança jurídica’, associada a uma condição de ‘validade e legitimidade no Estado Democrático de Direito’ conferem um grau de realidade que pode ser ocultada pela axiologia principiológica.

O Ministro Cezar Peluso, à época sob a Presidência do STF, também apresentou entendimento divergente no sentido de que “ninguém consegue viver dignamente sem certeza jurídica”. Com efeito, a coisa julgada estaria fora do contexto da ponderação com outros direitos fundamentais (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 153/ 154):

“Por exemplo, opor-lhe um direito fundamental ao qual ninguém recusaria o qualificativo de essencial, que é a liberdade física, teríamos a seguinte conclusão, a partir das premissas da douta maioria: a coisa julgada, em matéria criminal, não existe. Há algum outro direito tão fundamental e importante para o ser humano como a liberdade física? Por que esse direito também sucumbe à força da coisa julgada? [...] A tese de que a coisa julgada pode ser confrontada com outros direitos fundamentais e ceder à tutela desses outros direitos, a mim me parece, com o devido respeito, que se põe em xeque uma condição necessária da convivência social. Muitas ações, incontáveis ações têm por objeto direitos fundamentais, sobre os quais recai a certeza da coisa julgada como norma jurídica do caso concreto, sem que jamais se cogitasse de que devesse ceder, porque, num contexto axiológico, esses direitos fundamentais seriam mais importantes do que a coisa julgada. A tese, portanto, levada às últimas consequências, autorizaria a desconstituir a coisa julgada de muitíssimos casos”.

Para Peluso, a garantia da coisa julgada é a expressão crucial da certeza jurídica, constitui a própria ética do Direito, em referência a López de Oñate. A ‘eticidade’ do Direito, não estaria na verdade jurídica, mas na segurança jurídica, uma vez que esta assegura a fidelidade da ação em si mesma. A verdade seria apenas uma propriedade da linguagem, e, no processo, não existe verdade material ou verdade formal, mas sim a verdade possível, que é possível nos limites da imperfectibilidade humana. Nesse sentido, (Acórdão - RE n.º 363.889, p. 156):

“A sentença não estabeleceu nenhuma verdade ficta. Simplesmente julgou improcedente a ação, como tantas outras que se julgam improcedente. [...] A pergunta é: a partir daqui, se um erro como esse, gravoso a direito fundamental - e não nego seja direito fundamental - justificasse a desconsideração ou a ineficácia da coisa julgada, estaríamos estabelecendo uma tese de perigosas consequências. Nós sabemos que, por mais que o Tribunal se preocupe e cuide de limitar o sentido dos seus acórdãos, é sempre possível tirar daí ilações que nem sempre cabem dentro dos seus fundamentos ou nos termos de sua decisão. Por isso, há um risco muito grande, que eu não gostaria de, neste caso, correr: estabelecer um precedente que, pelo visto, não leva em conta sequer o decisivo aspecto temporal; deixa em aberto o aspecto temporal”.

In casu, o julgamento do RE n.º 363.889 ilustra a abertura dos sentidos conferidos à segurança jurídica, mormente no que tange à coisa julgada. Contudo cabe questionar sobre o sentido de verdade e certeza para quem? O fato é que para o demandante a realização de um teste científico poderia acarretar inovação no campo jurídico, mas certeza em seu campo de vida.

Para Almeida (2012, p. 175), a partir da análise do procedimento argumentativo e decisório no âmbito do STF é possível verificar a utilização do raciocínio tópico. Com efeito,

quando não há um referencial decisório prévio sobre uma dada situação que envolva direito adquirido, o STF utiliza a tópica de primeiro grau para oferecer imediatamente uma solução. Já quando o STF parte de conceitos consolidados para reconhecer ou não o direito adquirido ou a coisa julgada, em determinado caso concreto, o Tribunal utiliza-se da tópica em segundo grau, uma vez que referidos conceitos podem estar contidos em um catálogo de *Topoi*.

Podem-se ampliar os contornos desse argumento para incluir o sentido próprio de ‘segurança jurídica’. De fato, a tópica, conforme já exposto, é uma teoria direcionada ao decisionismo, que pode ser complementada por outras doutrinas sobre a natureza das decisões. A tópica não é propriamente uma teoria da argumentação jurídica, mas sim uma técnica de opção decisória e pode ser uma fonte da dogmática (VIEHWEG, 2008, p. 13).

No que se refere ao catálogo de *Topoi* a ser utilizado na busca por um sentido para a segurança jurídica, sua legitimidade está no fato de que se trata de proposições aceitas pela “maior parte dos sábios” (VIEHWEG, 2008, p. 57). Por razão equivalente, legitima-se a jurisprudência em sua capacidade de dizer o direito, através de um catálogo de sentidos conferidos, *in casu*, a segurança jurídica. A força da autoridade jurisprudencial não está somente na obediência cega das decisões, mas sobretudo encontra-se em sua *ratio decidendi*, como expressão viva na conceituação dos ‘valores sociais’. Com efeito, as discussões no âmbito do STF sobre o sentido da ‘segurança jurídica’ partem de um problema e não se encerram em uma ‘definição’, mas sim em um ‘conceito’ aplicável aos casos práticos semelhantes. No *iter* da decisão, a escolha por um conceito de segurança jurídica demonstra novos problemas e a conformação segue o critério da maioria.

De tudo isso, resulta que o debate proporcionado pela análise em concreto de um problema, como decidir sobre o sentido de segurança jurídica, ‘desocultar’ esse tópico demanda critérios de coerência e prudência, uma vez que os reflexos dessa decisão são fundamentais para a estabilidade e confiança na ordem jurídica. Ao que parece, a certeza para o Direito está na dinâmica da complexa conformação dos sentidos na esfera do agir decisional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica, como expressão institucional da verdade, tem seus sentidos formados a partir da experiência no laboratório jurisdicional. A jurisprudência representa, no contexto de uma sociedade complexa, o Direito em seu aspecto dinâmico. Na atualidade, a atuação do Judiciário é acompanhada de perto pela sociedade. Vivencia-se a era da

‘veneração popular do Poder Judiciário’, com seus mitos de ‘segurança’ e heróis de toga. Ocorre que a ‘justiça humana’ deve primar pela objetividade.

Por essas razões, o agir prudente constitui-se em elemento norteador para a formação da *iter* decisional. A busca por um sentido à segurança jurídica requer um certo grau de coerência. Se o magistrado é livre em seu convencimento, a justificação da *ratio decidendi* é pública. As consequências do agir decisional no campo da segurança demonstra uma preocupação social com o caráter de estabilidade do Direito.

Disso resulta uma constatação: como conferir objetividade e assegurar estabilidade a um conceito amplo como segurança jurídica? A tópica como técnica decisional pode fornecer um ‘estilo’ de interpretação coerente a partir de catálogos existentes. Assim, cabe, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal conformar institucionalmente os contornos da segurança, estabelecendo-se a ‘verdade’ para o caso concreto. Em linhas gerais, importa enfatizar que o termo ‘segurança jurídica’ deve ser ‘desocultado’ e ‘revelado’ na prática.

O direito em seu laboratório jurisdicional, ao prescrever o sentido de ‘verdade’, ‘certeza’ e ‘segurança jurídica’, deve equilibrar a estabilidade normativa e a força criativa das decisões. O grau de confiança que a sociedade atribui ao ‘sistema vivo’ do Direito é proporcional à capacidade de se viver com certa previsibilidade. De fato, a ‘eticidade’ do Direito está na segurança jurídica, uma vez que esta assegura a fidelidade da ação em si mesma. Com efeito, a segurança jurídica não pode ser apenas um princípio ponderável por critérios de razoabilidade. Conforme demonstrado, trata-se de um instituto fundante e fundamental para a compreensão do próprio sentido do Direito.

No campo da experimentação, toda pesquisa requer um certo nível de controle. No Direito, não deve ser diferente. Se não há como isolar variáveis, é perfeitamente possível estabelecer padrões de controle e qualidade. Submeter a segurança jurídica a um teste empírico no laboratório jurisdicional demanda prudência.

A produção de novos instrumentos no Direito também pode ser considerada ‘uma extravagância’ reservada para as ocasiões que a exigem. O equilíbrio entre a segurança enquanto *veritas* e o ‘novo,’ como pretensão abalo ao edifício da certeza, pode ser conquistado através de uma decisão que represente a essência da confiança: a dinâmica do respeito às formas históricas de um sistema. A descoberta de novos *topois* para a segurança jurídica deve somar-se ao catálogo de formas antigas, mas enquanto um corpo flexível, abrindo-se a novas descobertas, em uma tentativa de manter vivo o debate diante do complexo conhecimento humano.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **Direito Adquirido: uma questão em aberto**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Editora Abril, 1984.
- _____. **Organon**. Trad. Pinharanda Gomes. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- BRASIL, **Constituição Federal**, 1988.
- BRASIL, Decreto-Lei nº 4.657/42, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**.
- BRASIL, Lei n. 5.869/73, **Código de Processo Civil Brasileiro**.
- BRASIL, **Lei Distrital nº 1.097/ 1996**. Disponível em: <http://web01.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-4181!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>. Acesso em 15/03/2013.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE n.º 363.889 (Inteiro teor de Acórdão). Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 01/03/2013.
- CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. **Direitos previdenciários expectados: a segurança na relação jurídica previdenciária dos servidores públicos**. Curitiba: Juruá, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis**. Trad. Carlos Alberto A. de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao Poder Judicial de Tributar**. São Paulo: Noeses, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. In: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência** (prefácio). Brasília: Imprensa Nacional, 1979, pp. 1-7.
- FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: complementos e índices**. Trad. Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

_____. **Verdade e método**. Trad. Flavio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LATOUR, Bruno; WOOLGAR, Steve. **A vida de laboratório: a produção dos fatos científicos**. Trad. Ângela Ramalho Viana. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos**, CEBRAP, n.º 58, Novembro de 2000, pp. 183-202.

MÜLLER, Friedrich. **O Novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PLATÃO. **Crátilo: o de la exactitud de los nombres**. Edición electrónica de www.philosophia.cl / Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Acesso em 19.03.2013.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. In: **Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and Law**. Princeton: University Press, 1997.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Heleno Taveira. Modulação de efeitos da decisão e o ativismo judicial. **Consultor Jurídico**. Coluna de 18/07/2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/consultor-tributario-modulacao-efeitos-decisoes-fundamental>. Acesso em 05 de janeiro de 2013.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos.** Tradução de Kelly Susane Alften da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.