

HUMBERTO ÁVILA

***TEORIA DA
SEGURANÇA JURÍDICA***

*6ª edição,
revista, atualizada e ampliada*

PRIMEIRA PARTE

DEFINIÇÃO DE SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança do Direito exige positividade do Direito: quando não pode ser constatado o que é justo, então deve ser fixado o que juridicamente deve ser, de modo que aquilo que ele determina também esteja em condições de se impor. (Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2003 (1932), p. 73)

Poderá haver Direito injusto ou falho, mas nunca inseguro, pois a ausência de segurança nega a essência mesma do jurídico. (L. Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1959, p. 224)

Título I

***SIGNIFICAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA
(OU O QUE PODE SIGNIFICAR
SEGURANÇA JURÍDICA?)***

Apesar de toda a cautela devida relativamente à generalização de estados psíquicos, interpretados do ponto de vista especificamente cultural – que na presente atualidade do nosso tema parece ser especialmente imperativa –, dificilmente se poderá negar a concepção antropológica fundamental de que o homem é um ser imperfeito, um ser amedrontado, um ser ativo que se orienta para o futuro no seu comportamento, que procura ele próprio criar e estabilizar as condições da sua existência futura. (Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, p. 11)

Sem segurança, o homem não consegue nem cultivar as suas forças, nem aproveitar os seus frutos; pois, sem segurança, não há liberdade. (Wilhelm von Humboldt, *Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates* (1792), 2ª ed., Heidelberg, Carl Winter, 1954, p. 66)

Confiança é o fundamento do relacionamento humano, assim também do Direito. Quem deseja aprender algo de outro, fazer alguma coisa com ele ou se orientar no seu modelo, deve confiar nesse homem. Por isso é a confiabilidade do ordenamento jurídico uma condição fundamental de uma constituição libertária. O homem só confia num Direito que lhe dá confiança. (Paul Kirchhof, “Vertrauensschutz im Steuerrecht”, in Heinz-Jürgen Pezzer (org.), *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, “Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft”, v. 27, Köln, Otto Schmidt, 2004, p. 1)

Somente a confiança na continuidade das instituições estatais e na vinculação das regras cria a base para o desenvolvimento da liberdade humana. (Dieter Birk, “Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz”, in Heinz-Jürgen Pezzer (org.), *Vertrauensschutz im Steuerrecht*, “Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft”, v. 27, Köln, Otto Schmidt, 2004, p. 11)

Desde há muito os autores utilizam a expressão “segurança jurídica” com variada significação.¹ O motivo mais evidente para tanto provém da polissemia da palavra “segurança” e da expressão “segurança jurídica”.² Na primeira acepção pode significar um estado psicológico de ausência de medo ou de alheamento do perigo. Na segunda acepção pode conotar uma pluralidade de sentidos, dependendo do modo como são definidas as palavras “segurança” e “jurídica”.

Em razão disso, é preciso, de um lado, definir o significado de “segurança” e, de outro, explicar o conceito de “segurança jurídica”, contrapondo este último a outros tipos de segurança.³ Isso, porém, não é suficiente. É necessário, ainda, definir os vários usos que a expressão “segurança jurídica” pode conotar para poder, depois, analisar o significado preciso da expressão “segurança jurídico-tributária”. Sem esse

1. Max Rümelin, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924, p. 2.

2. Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 39, 64 e 103; Bertrand Mathieu, “La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient”, in Patrick Fraiseix (org.), *Mélanges Patrice Gélard – Droit Constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 301.

3. Gianmarco Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giapichelli, 2005, p. 9.

procedimento conduz-se a discussão sobre a segurança jurídica a um “patético naufrágio no oceano semântico”, como advertiu Mezquita del Cacho.⁴ É o que se passa a fazer.

4. José L. Mezquita del Cacho, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, v. 1, “Teoría de la seguridad jurídica”, Barcelona, Bosch, 1989, p. 48.

CAPÍTULO I

SEGURANÇA NÃO-JURÍDICA

Emprega-se a palavra “segurança” no sentido da busca do homem em se proteger contra ameaças externas (segurança externa, física ou objetiva), como ocorre no caso em que o homem pretende ficar protegido contra a violência, o crime ou a dor.¹ Esse sentido pode ser ilustrado pelas expressões “dentro de casa o homem está seguro do frio” ou “em um abrigo antiaéreo o cidadão está seguro contra efeitos de ataques aéreos”. Nessa acepção, “estar seguro” significa o homem estar protegido de algo ou contra algo que represente uma ameaça externa à sua incolumidade física. Segurança, em vez de ausência de dúvida, é ausência de medo.² A língua francesa, para ilustrar esse sentido, possui até outro termo: em vez de *securité*, emprega-se *sûreté*.³ O uso desse termo, porém, também é ambíguo: utiliza-se, igualmente, para denotar um estado de “asseguramento”.⁴

Utiliza-se também a palavra “segurança” no sentido da procura por um estado de liberdade diante do medo e da ansiedade (segurança interna, psicológica ou subjetiva), a exemplo do que se suscita na hipótese em que o homem deseja atingir um estado de tranquilidade emocional diante da realidade.⁵ Nesses casos, o termo “segurança” é empregado para expressar uma dimensão psicológica individual, sendo, pois, objeto

1. Andrea Schrimm-Heins, “Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe ‘certitudo’ und ‘securitas’” (Teil 1), *Archiv für Begriffsgeschichte* 34, p. 133, 1991; Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 15; Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 97.

2. José L. Mezquita del Cacho, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, v. 1, “Teoría de la seguridad jurídica”, Barcelona, Bosch, 1989, p. 213.

3. Frédéric Douet, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en Droit Interne Français*, Paris, LGDJ, 1997, p. 2.

4. Bertrand Mathieu, “La sécurité juridique: un principe constitutionnel clandestin mais efficient”, in Patrick Fraisseix (org.), *Mélanges Patrice Gélard – Droit Constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 303.

5. Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, p. 10; Andrea Schrimm-Heins, “Gewissheit und Si-

de estudo da *Psicologia*, que analisa as causas psíquicas ou emocionais do medo, bem como os elementos que compõem o conceito de “confiança” do ponto de vista da Psicologia, como fez Freud,⁶ e da *Antropologia*, dirigida a encontrar na própria natureza do homem a busca pelo ideal de segurança, como fizeram Evers e Nowotny.⁷ Enfim, a segurança, como estado psicológico, revela aquilo a que se referiam os antigos como *animi tranquillitas*, ou estado de ausência de preocupações, criador da própria palavra “segurança” como “*sine+cura*” (sem preocupações).⁸ Tal distinção foi argutamente percebida por Reale:

“Há, pois, que distinguir entre o ‘sentimento de segurança’ – ou seja, entre o estado de espírito dos indivíduos e dos grupos na intenção de usufruir de um complexo de garantias – e este complexo como tal, como conjunto de providências instrumentais, capazes de fazer gerar e proteger aquele estado de espírito de tranquilidade e concórdia”.⁹

A mesma diferenciação foi reconhecida, no âmbito do Direito Tributário, por Villegas, quando distinguiu a segurança subjetiva, como um “sentimento de confiança”, e a segurança objetiva, traduzida nas garantias que a sociedade assegura a pessoas, a bens ou a direitos.¹⁰

Pode-se, igualmente, falar em segurança no sentido de confiança e, dentro dessa perspectiva, examiná-la também sob vários ângulos: da *Psicologia*, examinando-se as características das relações de confiança entre as pessoas, como a incerteza e o risco, e os seus efeitos, como a motivação, a exemplo do que fez Petermann;¹¹ da *Economia*, investigan-

cherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe ‘certitudo’ und ‘securitas’” (Teil 1), *Archiv für Begriffsgeschichte* 34, p. 137, 1991.

6. Sigmund Freud, *Abriß der Psychoanalyse*, Frankfurt am Main, 1960; Franz Petermann, *Psychologie des Vertrauens*, 3ª ed., Göttingen, Hogrefe, 1996.

7. Adalbert Evers e Helga Nowotny, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1987.

8. Andrea Schrimm-Heins, “Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe ‘certitudo’ und ‘securitas’” (Teil 1), *Archiv für Begriffsgeschichte* 34, p. 134, 1991; José Roberto Vieira, “Medidas provisórias tributárias e segurança jurídica: a insólita opção estatal pelo ‘viver perigosamente’”, in Aires Fernandino Barreto *et alii* (orgs.), *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*, São Paulo, Noeses, 2005, p. 319.

9. Miguel Reale, “Prefácio”, in Theophilo Cavalcanti Filho, *O problema da segurança no Direito*, São Paulo, Ed. RT, 1964, p. IV.

10. Héctor Villegas, “Principio de seguridad jurídica en la creación y aplicación del tributo”, *RDT* 66, p. 10, São Paulo, s.d.

11. Franz Petermann, *Psychologie des Vertrauens*, 3ª ed., Göttingen, Hogrefe, 1996.

do-se a confiança como princípio organizacional e de trocas, a fim de saber como se formam e como se intensificam as relações entre os agentes econômicos, da maneira como fizeram Ripperger e Thies/Schweer;¹² da *Sociologia*, perscrutando a confiança como valor social, antecipador de comportamentos e indispensável para intensificar as relações sociais, para controlar o futuro e para diminuir a complexidade da sociedade, como o fizeram Kaufmann, Luhmann e Geiger;¹³ da *Filosofia*, indagando a respeito do valor da confiança como fenômeno espiritual ou valor moral, como defenderam Lagerspetz e Köhl;¹⁴ da *Política*, analisando-se os processos de confiabilidade estabelecidos entre os cidadãos nos sistemas de governo, como examinou Offe.¹⁵

A segurança também pode significar um estado de proteção de bens individuais ou coletivos, como a vida, a saúde, a liberdade ou a propriedade. É precisamente esse sentido que denota a expressão “segurança pública”, tanto interna quanto externa, objeto de garantia por meio de estratégias preventivas e repressivas.¹⁶ Nessa acepção, “segurança” é afastamento de ameaças (externas ou internas) à paz das pessoas.¹⁷ Embora não possa haver segurança pública sem que aquilo que o Direito

12. Tanja Ripperger, *Ökonomik des Vertrauens*, 2ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003; Martin Schweer e Barbara Thies, *Vertrauen als Organisationsprinzip*, Bern, Hans Huber, 2003.

13. Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, p. 10; Niklas Luhmann, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 4ª ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000; Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1987, pp. 63 e ss.

14. Olli Lagerspetz, “Vertrauen als geistiges Phänomen”, in Martin Hartmann e Claus Offe (orgs.), *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*, Frankfurt, Campus, 2001, pp. 85-113; Harald Köhl, “Vertrauen als zentraler Moralbegriff?”, in Martin Hartmann e Claus Offe (orgs.), *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*, Frankfurt, Campus, 2001, pp. 114-140.

15. Claus Offe, “Wie können unseren Mitbürgern vertrauen?”, in Martin Hartmann e Claus Offe (orgs.), *Vertrauen: Die Grundlage des sozialen Zusammenhalts*, Frankfurt, Campus, 2001, pp. 241-294.

16. Markus Möstl, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 654 e 659; Jutta Limbach, *Ist die kollektive Sicherheit der Feind der individuellen Freiheit?*, Köln, Carl Heymanns, 2002, p. 4; Ricardo Lobo Torres, “Liberdade, segurança e justiça”, in Paulo de Barros Carvalho (org.), *Justiça tributária*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 704.

17. Christian Calliess, “Die Staatsaufgabe der Äußerer Sicherheit im Wandel: Staatstheoretische Grundlagen und völkerrechtliche Konsequenzen”, in Christian Calliess (org.), *Äußere Sicherheit im Wandel – Neue Herausforderungen an eine alte Staatsaufgabe*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 15.

preveja seja passível de execução judicial, não se pode confundir “segurança pública” com “segurança jurídica”: enquanto a primeira expressão diz respeito às condutas que o Estado deve tomar para proteger os bens das pessoas e da coletividade, a segunda faz referência a propriedades, a conteúdos, a processos, a métodos e a resultados que devem estar presentes para que o Direito possa ser instrumento garantidor dos direitos fundamentais.

Pode-se, ainda, conceber a segurança como proteção contra as ameaças às condições essenciais de sobrevivência. Nesse viés, utiliza-se o termo “segurança” como segurança social, assim entendido o conjunto de instituições, financiadas pública ou privadamente, que visa a garantir aos indivíduos as prestações destinadas a protegê-los dos riscos sociais, como a maternidade, a doença, o acidente de trabalho, a perda do cargo, a velhice, a morte, a invalidez, a viuvez, entre outros.¹⁸

Em todas essas hipóteses, portanto, não se está examinando a segurança jurídica propriamente dita. Está-se falando, simplesmente, de segurança, normalmente na acepção de confiança. A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento.¹⁹ A distinção é importante também porque revela uma dissociação entre o conceito de “segurança não-jurídica” e o conceito de “segurança jurídica”: alguém pode estar psicologicamente seguro, enquanto privado de ameaças físicas exteriores, como o frio ou a violência, porém sem qualquer segurança jurídica, em face da ausência, decorrente do arbítrio estatal, da capacidade de conceber e de planejar livremente as suas ações com base no Direito.²⁰

Tal definição, contudo, é ainda insuficiente, visto que, embora representando um valor e mantendo alguma vinculação com o Direito, a segurança jurídica ainda pode ter mais de um sentido. O segundo passo

18. Alexia Bierweiler, *Soziale Sicherheit als Grundrecht in der Europäischen Union*, Stuttgart, Boorberg, 2007, p. 135.

19. Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, pp. 140 e ss.

20. Andrea Schrimm-Heins, “Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe ‘certitudo’ und ‘securitas’” (*Teil 2*), *Archiv für Begriffsgeschichte* 35, p. 209, 1992.

desse processo progressivo de delimitação semântica consiste em visualizar os vários sentidos de “segurança jurídica”.²¹

21. Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 3; Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 79.

CAPÍTULO 2
SEGURANÇA JURÍDICA

Seção 1. SEGURANÇA COMO ELEMENTO DEFINITÓRIO

A segurança jurídica pode fazer referência a um elemento da definição de Direito e, nessa função, ser uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico. Nesse sentido, um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado “jurídico”. Essa concepção foi aquela sustentada por muitos autores, dentre os quais se destacam alguns. Assim, Radbruch afirma que a segurança jurídica, ao lado da justiça e da conformidade a fins, são os elementos que compõem o núcleo do Direito e sem os quais ele não se caracteriza.¹ Bobbio sustenta ser a segurança jurídica não apenas uma exigência decorrente da coexistência ordenada do homem, mas também um “elemento intrínseco do Direito”, destinado a afastar o arbítrio e a garantir a igualdade, não se podendo sequer imaginar um ordenamento jurídico sem que subsista uma garantia mínima de segurança.² Fuller assevera que sem segurança jurídica simplesmente não se pode falar em Direito, enumerando vários elementos que fazem parte daquilo que ele denomina de moralidade do Direito, como ambiente social de reciprocidade de expectativas baseado no conhecimento de regras vigentes que permitam antecipar o agir alheio.³ Coing, considerando a necessidade de instituições e de relações duradouras para a garantia da segurança jurídica, somente consolidadas com o longo passar do tempo, chega ao ponto de declarar que um Direito jovem, na verdade, nem Direito o é.⁴ Rawls igualmente aponta o Direito como uma estrutura capaz de possibilitar a cooperação social, por

1. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, 2ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2003 (1932), p. 73.

2. Norberto Bobbio, “La certezza del Diritto è un mito?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 28, pp. 150-151, 1951.

3. Lon Fuller, *Anatomy of Law*, Connecticut, Greenwood, 1968, p. 73.

4. Helmut Coing, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1993, p. 149.

SEGUNDA PARTE

CONTEÚDO E EFICÁCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Como pode haver crença em alguém que não sabe o que quer, que continuamente muda o que ele mesmo criou, que não tem nenhuma confiança em si mesmo, que não oferece a mais longínqua segurança de que qualquer coisa determinada, de que qualquer coisa em algum momento ainda absolutamente existe? Mas em quem eu não deposito confiança, em quem eu não acredito, para ele eu não peço nada, nele eu não me apoio, para ele não faço nada. (Robert von Mohl, “Staatsrecht”, in *Völkerrecht, Politik*, v. 1, Tübingen, 1860)

A previsibilidade dos comportamentos, assim como a sua valoração, é o motivo pelo qual a lei não raciocina com coisas particulares e presentes, mas com coisas futuras e gerais, segundo a genial intuição de Aristóteles. Nisso a lei torna possível a continuidade, que liga a ação presente à ação futura, que liga os homens uns com os outros. (Piero Calamandrei, “La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina”, *Rivista di Diritto Commerciale* 1, p. 341, 1942)

Título I

**CONTEÚDO DA SEGURANÇA JURÍDICA
(Ou o que pressupõe e o que exige
o princípio da segurança jurídica?)**

(...) ali onde esse valor essencial que é a segurança jurídica desapareceu, não há nenhum outro valor que possa subsistir. (Paul Roubier, *Théorie Générale du Droit*, 2ª ed., Paris, Sirey, 1951, p. 334)

Porque, no primeiro sentido [*como valor*], poder prever as decisões jurídicas seria tão belo (e tão bela também seria a desilusão subsequente a uma previsão desmentida) quanto seria prever o início e o fim de uma guerra, o curso do câmbio, o andamento da produção, o tempo de amanhã ou o número vencedor de uma loteria. (Letizia Gianformaggio, “Certezza del Diritto”, in Enrico Diciotti e Vito Velluzzi (orgs.), *Filosofia del Diritto e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 85) (orig. *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 157-169)

Aquilo que os homens chamam de estabilidade não é o imobilismo, é o movimento lento e uniforme do conjunto que deixa subsistir uma certa forma geral das coisas às quais eles estão habituados. (Maurice Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 6)

A noção de segurança jurídica é um conceito tão geral que nós podemos fazê-lo dizer aquilo que queremos. (S. Boissard, “Comment garantir la stabilité des situations juridiques sans priver l’administrative de tous moyens d’action et sans transiger sur le respect du principe de légalité? Le difficile dilemme du juge administratif”, *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel* 11, p. 70, 2001)

A segurança jurídica, nos seus vários aspectos já examinados, pode melhor ser compreendida se analisada em duas dimensões: uma dimensão estática, destinada a examinar qual é o conteúdo do Direito; uma dimensão dinâmica, vocacionada a investigar qual é a força do Direito, na linha proposta por Mathieu e Valembos, embora com conteúdo diverso.¹ A maior parte dos autores não diferencia essas dimensões; alguns, até, às vezes, confundem “dimensões” com “partes”. Outros autores seguem orientação semelhante à adotada neste trabalho, nem sempre incluindo os mesmos elementos em cada dimensão, porém usando termos diversos para denotar, ainda que diferentemente e nem sempre sob pontos de vista comensuráveis, ideia similar de separação conceitual entre a dimensão estática e a dinâmica da segurança jurídica e do tempo no Direito: estática e pragmática (Carvalho), de orientação e de realização (Geiger, Novoa), de fonte, de aplicação e de interpretação (Mezquita del Cacho), estrutural e funcional (Perez Luño), qualitativa e temporal (Mathieu, Calmes, Zimmer), sincrônica ou estrutural e diacrônica ou histórica (Jackson), sincrônica e diacrônica (Della Valle), intrínseca e extrínseca ou referencial (Azoulai), formal e substancial (Aarnio, Peczenick, Reis), objetiva e subjetiva (Duong, Asorey).²

1. Anne-Laure Valembos, *La constitutionnalisation de l’exigence de sécurité juridique en Droit Français*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 13 e 16; Bertrand Mathieu, “Constitution et sécurité juridique – France”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Paris, Economica, 1999, p. 157.

2. Paulo de Barros Carvalho, “Segurança jurídica e modulação dos efeitos”, *Revista da Fundação Escola Superior de Direito Tributário* 1, p. 206, Porto Alegre,

Pois bem. A dimensão *estática* diz respeito ao *problema do conhecimento* do Direito, ao seu saber, ou à *questão da comunicação* no Direito, e revela quais são as *qualidades* que ele deve possuir para que possa ser considerado “seguro” e, com isso, possa servir de *instrumento de orientação* ao cidadão, em geral, e ao contribuinte, em especial. Nesse aspecto, o Direito deve ser compreensível e efetivo.³

Compreensível, no sentido de permitir que o cidadão possa, material e intelectualmente, conhecer o Direito. Se o Direito é para ser obedecido, deve ser capaz de guiar o comportamento dos seus sujeitos – o que só pode ocorrer se estes últimos puderem saber o que aquele significa e pu-

2008; Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1987, pp. 64-65; César García Novoa, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 81; José L. Mezquita del Cacho, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, v. 1, *Teoría de la seguridad jurídica*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 87 e ss.; A. Perez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 22 e ss.; Bertrand Mathieu, “Constitution et sécurité juridique – France”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1999*, Paris, Economica, 2000, p. 157; Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 158; Willy Zimmer, “Constitution et sécurité juridique – Allemagne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1999*, Paris, Economica, 2000, p. 94; Bernard Jackson, “On the atemporality of legal time”, in François Ost e Mark van Hoecke (orgs.), *Temps et Droit. Le Droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 225; Eugenio Della Valle, *Affidamento e certezza del Diritto Tributario*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1; Loïc Azoulay, “La valeur normative de la sécurité juridique”, in Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine e Fabrice Siirainen (orgs.), *Sécurité juridique et Droit Économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 26; Aulis Aarnio, *Reason and authority*, Dartmouth, Ashgate, 1997, pp. 189-193; idem, *The rational as reasonable*, Dordrecht, Reidel, 1987, pp. 189-193; idem, *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, Reidel, 1987, pp. 3-8, 44; Aleksander Peczenick, *On Law and reason*, Dordrecht, Kluwer, 1989, p. 31; Patrice Reis, “Les méthodes d’interprétation, analyse formelle, analyse substantielle et sécurité juridique”, in Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine e Fabrice Siirainen (orgs.), *Sécurité juridique et Droit Économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 193; Lémy Duong, “La sécurité juridique et les standards du Droit Économique: la notion de raisonnable”, in *Sécurité juridique et Droit Économique*, cit., p. 9; Rubén Asorey, “Seguridad jurídica y Derecho Tributario”, *RDT*, n. 52, p. 34, São Paulo, 1990.

3. Max Rümelin, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924, p. 9; A. Perez Luño, *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 106; Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 38; Frédéric Douet, *Contribution à l’étude de la sécurité juridique en Droit Interne Français*, Paris, LGDJ, 1997, p. 2; Sylvia Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 158; Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 167.

derem agir com base nele.⁴ Essa cognoscibilidade só existe, assim, se ele for acessível e inteligível, e se aquilo que for compreendido for também posteriormente *efetivado*.⁵

A dimensão *estática* diz respeito, como se pode perceber, à segurança “do Direito” (*Rechtssicherheit*), mais que à segurança “pelo Direito” (*Rechtssicherung*). Ela trata, assim, das qualidades que o Direito deve possuir para poder ser considerado, pelo cidadão, como seguro. “Seguro”, aqui, tem o sentido de *certus*.⁶ E segurança jurídica significa, relativamente às normas, “segurança de vigência” (*certezza della sua vigenza*), “segurança de suficiência” (*certezza della sua sufficienza*) e “segurança de significado” (*certezza del suo significato*), de modo que se assegurem, respectivamente, a vigência, a clareza e o conteúdo da norma a que se deve obedecer.⁷ Ela caracteriza – para dizer com Arcos Ramírez – uma espécie de segurança para o indivíduo, frente ao Direito, e obtida através do próprio Direito.⁸

A dimensão *dinâmica*, a seu turno, refere-se ao *problema da ação* no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa “assegurar” direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de *instrumento de proteção*. Nesse sentido, o Direito deve ser confiável e calculável.

Confiável, no sentido de permitir que o cidadão possa saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando que os seus direitos sejam *frustrados*. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem. Se ele puder, enfim, “presentificar o passado”, isto é, se ele puder tornar seguro o passado no presente. Em outras palavras, se houver “segurança do passado” (mais exatamente, sem a elipse: se houver estabilidade dos efeitos jurídicos atribuídos pelo Direito a atos praticados no passado). Isso, como será demonstrado,

4. Joseph Raz, “The rule of law and its virtue (1977)”, in *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford, 1979, p. 214.

5. Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*, Paris, LGDJ, 2005, p. 16.

6. Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1987, p. 64.

7. Guido Alpa, *La certezza del Diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Scientifica, 2006, p. 37.

8. Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 16.

depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.

Calculável, no sentido de permitir que o cidadão possa saber *como* as mudanças podem ser feitas e *quando* elas serão realizadas, impedindo que ele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã. Se ele puder, em suma, “presentificar o futuro” (*Zukunft zu vergegenwärtigen*), isto é, se ele puder tornar seguro o futuro no presente, de modo a aumentar as suas possibilidades de ação.⁹ Em outras palavras, se houver “segurança do futuro” (mais rigorosamente, sem a elipse: se houver calculabilidade dos efeitos jurídicos futuros de atos praticados no presente). Essa consideração justifica a afirmação de Kaufmann no sentido de que o futuro é a “dimensão da liberdade”: o homem só pode ser considerado “livre” quando tem “futuro”, o que só ocorre quando ele pode “realizar”, do ponto de vista estratégico, o porvir, ainda que dele não possa dispor.¹⁰ Não por outro motivo que Blegvad declara, no mesmo sentido, que “toda ordem social implica uma tendência de vincular o futuro”.¹¹ Esse “fechamento” do futuro – como será examinado – depende da existência de um estado de continuidade e de vinculatividade normativas. Sem isso a ação do homem fica sem sentido, dando azo ao pensamento melancólico de Pessoa: “Vivo sempre no presente. O futuro, não o conheço. O passado, já o não tenho. Pesa-me um como a possibilidade de tudo, o outro como a realidade de nada. Não tenho esperanças nem saudades”.¹²

A dimensão dinâmica trata, como se deixa facilmente realçar, da segurança “pelo Direito” (*Rechtssicherung*), mais que da segurança “do Direito” (*Rechtssicherheit*). Diz respeito às condições que devem ser preenchidas para que o Direito possa “assegurar” direitos e expectativas.

9. Niklas Luhmann, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 4ª ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000, p. 15; Francis Delpérée, Rasson-Roldand e Marc Verdussen, “Constitution et sécurité juridique – Belgique”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1999*, Paris, Economica, 2000, p. 121.

10. Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, 2ª ed., Stuttgart, 1973, p. 159.

11. M. Blegvad, “Preface”, in J. Bjarup e M. Blegvad (orgs.), *Time, Law and Society*, ARSP, v. 64, Stuttgart, Franz Steiner, 1995, p. 7.

12. Fernando Pessoa, *Livro do desassossego*, São Paulo, Companhia das Letras, 1997, p. 129.

“Seguro”, aqui, tem o sentido de *securus*, e não de *certus*.¹³ E segurança jurídica significa, relativamente às normas, “certeza de duração” (*certezza della sua durata*), de modo que se garanta a estabilidade da norma a que se deve obedecer.¹⁴ Essa dimensão deve permitir que o cidadão possa – como lembra Rümelin – afirmar: “O meu direito, no qual eu confiei, deve continuar comigo, ele deve ser protegido pela comunidade e não pode ser arbitrariamente subtraído de mim nem restringido”.¹⁵

As dimensões, estática e dinâmica, do princípio da segurança jurídica revelam, no seu conjunto, os estados ideais a serem buscados: a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. Esses ideais, no entanto, não se situam em um mesmo plano horizontal e paralelo uns com relação aos outros. Eles guardam, antes, uma relação geral de meio e fim. Com efeito, o ideal de cognoscibilidade configura um pressuposto para a concretização dos ideais de confiabilidade e de calculabilidade, no sentido de que só é possível assegurar, no presente, o Direito passado ou controlar, no presente, o Direito futuro se o cidadão puder conhecer o Direito, os seus direitos e os instrumentos de sua realização, bem como puder forçar a sua realização caso isso não seja espontaneamente feito. Com razão, assim, Rümelin quando aduz que a determinação do Direito é “pressuposto” da segurança jurídica.¹⁶ Por esse motivo, é correto afirmar que a dimensão estática situa-se numa relação de pressuposição relativamente à dimensão dinâmica do princípio da segurança jurídica: para existir confiabilidade e calculabilidade é preciso existir cognoscibilidade, pois não é possível nem confiar no respeito nem calcular a permanência daquilo que não se conhece ou que não obriga.

Essa relação de pressuposição entre os ideais é, como foi afirmado, uma relação interna de meio e fim. Todavia, ela nem sempre é unidirecional. É que em alguns casos – a serem oportunamente enfrentados – essa relação de pressuposição é recíproca. Assim, se é normalmente correto asseverar que a cognoscibilidade do ordenamento é um pressuposto

13. Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1987, p. 65.

14. Guido Alpa, *La certezza del Diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, Scientifica, 2006, p. 37.

15. Max Rümelin, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924, p. 1.

16. Max Rümelin, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1924, p. 9. No mesmo sentido: Antonio Enrique Perez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p 20.

da sua confiabilidade, o contrário também pode ocorrer. Um exemplo pode esclarecer o argumento: para que o Direito seja estável, ele precisa ser conhecido, pois não se pode confiar naquilo que se desconhece; entretanto, se o Direito padece de elevada instabilidade, ele dificilmente poderá ser razoavelmente conhecido pelos seus destinatários. Pode-se, dessa maneira, tanto declarar que a cognoscibilidade do ordenamento é um pressuposto da sua confiabilidade quanto que a sua confiabilidade é condição da sua cognoscibilidade. Essa *relação de reciprocidade* entre os elementos também pode ser evidenciada no exame dos requisitos para a existência de cada um deles. Por exemplo, para que o ordenamento jurídico seja estável, ele precisa ser cognoscível; para que ele seja cognoscível, ele precisa ser claro; para que ele seja estável, ele precisa respeitar as expectativas legítimas dos cidadãos; ocorre, no entanto, que essas expectativas somente serão respeitadas quando houver uma base “confiável de confiança”, o que só existirá se essa base for clara e precisa. Vale dizer: a falta de clareza da base da confiança impede a sua proteção.¹⁷ Nesse sentido, pode-se atestar, também com relação aos requisitos de aplicação dos elementos de cada dimensão do princípio da segurança jurídica, que há uma relação de interdependência de conteúdo entre eles: sem cognoscibilidade, nenhuma confiabilidade; sem confiabilidade, nenhuma cognoscibilidade.

A síntese das duas dimensões – estática e dinâmica – do princípio da segurança jurídica permitirá demonstrar que ele busca garantir, no seu conjunto, um estado ideal de respeitabilidade do ser humano, inafectado ao engano, à frustração, à surpresa e à arbitrariedade. Respeitar a dignidade humana – na já repetida afirmação de Raz – envolve tratar os homens como pessoas capazes de planejar e de conceber o seu futuro.¹⁸ É exatamente porque o princípio da segurança jurídica serve de instrumento para garantir o respeito ao indivíduo – evitando o engano, a frustração e a surpresa relativamente ao Direito – que ele é associado à proibição de arbítrio na sua instituição e na sua aplicação.¹⁹ Não por outro motivo, também, que a segurança jurídica, como núcleo do princípio do Estado

17. Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*, Paris, LGDJ, 2005, p. 252.

18. Joseph Raz, “The rule of law and its virtue (1977)”, in *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford, 1979, p. 221.

19. Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*, Paris, LGDJ, 2005, p. 4; Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 35.

de Direito, serve para garantir consideração e respeito aos homens como cidadãos.²⁰ Conforme acertadamente pontifica Sypnowich, referindo-se ao Estado de Direito na acepção de segurança jurídica como ética da civilidade: “Ele conduz o governo a ser respeitoso com seus cidadãos, a tratar os cidadãos com uma consideração que seja generalizada e abstrata, não-intrusiva e distante”.²¹ Por esse motivo, Garlicki menciona que a segurança jurídica na Polônia incorpora aquilo que a jurisprudência denomina de “princípios da legislação decente”.²²

Essas considerações permitem dizer que o princípio da segurança jurídica visa, na dimensão dinâmica, a garantir a respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro por meio do conhecimento do Direito. É um instrumento para “ver antes” mas também para “ver depois”, nas sugestivas palavras de Carnellutti, baseadas na obra de Onâte.²³ Ou para “saber (ou conhecer)” e “prever”, nas palavras de Pacteau.²⁴ Ou, por fim, para obter o controle de resultados relativos ao futuro e da segurança da situação presente, na expressão de Luhmann.²⁵

Seja qual for a perspectiva adotada, o importante é que não se pode separar a dimensão estática (ou estrutural ou sistêmica) da dimensão dinâmica (ou funcional ou operativa) da segurança jurídica.²⁶ Pode-se dizer – com base em Ferraz Jr. – que ambas as dimensões, na perspectiva da duração do tempo, visam a evitar que um passado, de repente, torne-se estranho, um futuro, algo opaco e incerto, e a duração, uma coleção

20. José Roberto Vieira, “Medidas provisórias tributárias e segurança jurídica: a insólita opção estatal pelo ‘viver perigosamente’”, in Aires Fernandino Barreto *et alii* (orgs.), *Segurança jurídica na tributação e Estado de Direito*, São Paulo, Noeses, 2005, p. 317.

21. Christine Sypnowich, “Utopia and the rule of law”, in David Dyzenhaus (org.), *Recrafting the rule of Law – The Limits of Legal Order*, Oxford, Hart, 1999, p. 194.

22. Leszek Garlicki, “Constitution et sécurité juridique – Pologne”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1999*, Paris, Economica, 2000, p. 241.

23. Francesco Carnellutti, “La certezza del Diritto”, in Flavio Lopez Onâte, *La certezza de Diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 195.

24. Bernard Pacteau, “La sécurité juridique, un principe que nous manque?”, *AJDA* 20, p. 154, 1995.

25. Niklas Luhmann, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 4ª ed., Stuttgart, Lucius & Lucius, 2000, p. 17.

26. Anne-Laure Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en Droit Français*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 13 e ss.; César García Novoa, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 81.

de surpresas desestabilizadoras da vida.²⁷ O tempo no Direito, insista-se, não é o tempo psíquico-objetivo (‘são oito horas’, ‘a viagem dura três horas’), nem o tempo subjetivo (‘um beijo de um minuto na amada dura uma hora’, ‘sentar-se um minuto na brasa dura uma eternidade’), mas, ao contrário disso, o tempo social-histórico, estabelecido por meio de sentidos atribuídos ao tempo e à sua duração.²⁸

Em virtude dessas ponderações, o princípio da segurança jurídica, em vez de ser definido como aquela norma que prescreve a busca dos ideais – postos paralelamente em sequência – de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade, é, neste texto, redefinido como aquela norma que prescreve a busca dos ideais de confiabilidade e de calculabilidade do Direito, que marcam os fins, *com base* na sua cognoscibilidade, que caracteriza o seu pressuposto interno. São essas dimensões e esses ideais que serão adiante examinados.

Ressalte-se, ainda, que os referidos ideais, além de não serem justapostos ou sobrepostos, inserem-se no binômio “estático *x* dinâmico”, em vez de serem inseridos no binômio “formal *x* material”. Deixadas de lado outras razões adiante aprofundadas, a utilização da palavra “formal”, como denotativa de qualidades normativas totalmente independentes do conteúdo das normas, para qualificar as exigências de acessibilidade e inteligibilidade normativas levaria à ideia de que a segurança jurídica estaria resguardada por meio da adoção de expedientes técnicos independentemente do conteúdo das normas jurídicas. Não é esse, porém, o caso da segurança jurídica, como é defendida nesta tese.

Em primeiro lugar porque não se pode, a rigor, saber se a norma foi, ou não, publicada, ou se é, ou não, determinada sem que aspectos subjetivos sejam analisados, já que a publicidade e a determinação (embora sejam qualidades objetivas das normas) só podem ser verificadas mediante a adoção de uma perspectiva subjetiva. Saber se a norma pode, ou não, ser conhecida pressupõe saber *por quem e em que condições*. Saber

27. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Anterioridade e irretroatividade no campo tributário”, *RDDT* 56, p. 125, São Paulo, 2001; idem, “Segurança jurídica, coisa julgada e justiça”, *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 3, p. 264, Porto Alegre, 2005; idem, “Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88)”, *RDDT* 125, p. 73, São Paulo, 2006.

28. François Ost, “Conclusions générales: le temps, la justice et le Droit”, in Simone Gaboriau e Hélène Pauliat (orgs.), *Le temps, la Justice et le Droit*, Limoges, Pulim, 2003, p. 359.

se a norma é, ou não, determinada pressupõe saber *na visão de quem e em que medida*. Por essa razão é que, na parte relativa à significação da segurança jurídica, foram examinados os vários sentidos que podem ser adotados no aspecto subjetivo da segurança jurídica e, dentre eles, qual aquele que é efetivamente adotado pelo ordenamento jurídico (perspectiva do destinatário contribuinte, como regra).

Em segundo lugar porque só se pode verificar se as qualidades normativas são, ou não, preenchidas se for possível saber, de antemão, a quais finalidades servem aquelas qualidades. Saber se a norma é, ou não, *determinada* pressupõe saber a qual propósito a determinação serve, pois somente desse modo é que se pode descobrir quais são as informações sem cuja compreensão não se pode realizar determinado estado de coisas. Um conteúdo não é um ponto cego, mas um elemento cujo conhecimento serve de instrumento para determinada ação. Por esse motivo é que, na parte relativa à significação da segurança jurídica, foram examinados os vários sentidos que podem ser adotados no aspecto axiológico da segurança jurídica e, dentre eles, qual aquele que é efetivamente adotado pelo ordenamento jurídico (segurança jurídica como instrumento de realização dos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade e de dignidade).

Essas considerações servem para justificar por que o conteúdo da segurança jurídica foi dividido nas partes “estática e dinâmica”, em vez de ser separado nas dimensões “formal e material”. Razões similares servem para rechaçar a divisão entre elementos objetivos e subjetivos, adotada por alguns autores.²⁹ Embora alguns elementos possam ser descritos como objetivos, no sentido de regulados objetivamente pelo ordenamento jurídico – como a decadência ou a proteção do direito adquirido –, eles se referem a modos de aplicação reflexiva do princípio da segurança jurídica, orientada a determinados sujeitos, o que permitiria, de algum modo, qualificá-los como elementos subjetivos. Evidentemente que a denominação depende tanto dos sentidos atribuídos aos termos “objetivo” e “subjetivo” quanto das perspectivas escolhidas para a sua análise, podendo um mesmo elemento ser qualificado de objetivo ou de subjetivo, dependendo do sentido e da perspectiva escolhidos. É o que ocorre com a exigência de estabilidade do ordenamento jurídico: ela é qualificada por Gomes Canotilho como um elemento objetivo da segurança jurídica, enquanto von Arnould trata da estabilidade como

29. Antonio Enrique Perez Luño, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 69; Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 71.

gênero dentro do qual se verifica a proteção da confiança legítima como elemento essencialmente subjetivo.³⁰ Isso se explica pela perspectiva diversa adotada pelos autores: o primeiro examina a objetividade dos requisitos; o segundo avalia a subjetividade dos efeitos. A adoção das dimensões estática e dinâmica contorna esse problema bem como evidencia que alguns elementos são neutros relativamente a aspectos objetivos ou subjetivos, formais ou materiais.

As considerações anteriores permitem, também, demonstrar por que se adotou, em contraposição a outros autores, uma concepção mais propriamente denominada de material.³¹ Como o ideal de cognoscibilidade depende de perspectivas subjetivas e de critérios fornecidos pelos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade e de dignidade, a realização da segurança jurídica não é independente do conteúdo das normas: só são satisfeitas as exigências de segurança jurídica quando as normas jurídicas possuem qualidades indispensáveis à realização de determinados conteúdos.

Feitas essas observações preambulares, é preciso, neste momento, passar, respectivamente, à análise das dimensões estática e dinâmica da segurança jurídica.

30. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, p. 256; Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 284.

31. Joseph Raz, “The rule of law and its virtue (1977)”, in *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford, 1979, p. 221; Robert Summers, “A formal theory of the rule of law”, *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, pp. 127-142, 1993; Federico Arcos Ramírez, *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 3.

CAPÍTULO I
DIMENSÃO ESTÁTICA

Seção 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A dimensão estática do princípio da segurança jurídica diz respeito aos requisitos estruturais que o Direito deve reunir para servir de instrumento de orientação. Ela abrange, portanto, todos aqueles pressupostos sem os quais o cidadão não é capaz de propriamente se submeter ao Direito. Sendo assim, essa dimensão faz referência, fundamentalmente, aos problemas do *conhecimento* e da *comunicação*, procurando responder ao seguinte questionamento: quais são os elementos necessários para que o cidadão possa, sem engano, livre e autonomamente, plasmar com dignidade o seu presente conforme ao Direito?

Nesse aspecto, são analisadas as condições ou as qualidades para que o Direito possa ser objeto de conhecimento tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista intelectual: para poder obedecer a uma norma jurídica o cidadão não apenas precisa ter acesso a ela, mediante a observância de requisitos que permitam considerá-la como existente e vigente; ele precisa, conjuntamente, ter a possibilidade de entender o que ela determina, proíbe ou permite. Exatamente por isso – como será demonstrado –, as normas devem ser acessíveis, abrangentes, claras e suficientemente determinadas. O Direito e, portanto, as normas jurídicas, individualmente consideradas, e o ordenamento jurídico, no seu conjunto, precisam ser “seguros”, no sentido de certos.¹

Uma questão interessante é a de saber se são as *normas* que precisam ser compreensíveis ou se são os *textos normativos* que o devem ser. Se as normas são os textos interpretados, evidentemente que são eles o objeto da compreensão: sendo norma o texto compreendido ou o sentido do texto, a expressão “norma compreensível” é tautológica, pois faz referência à exigência de compreensão do que já foi compreendido. Nesse sentido, objeto da exigência de cognoscibilidade são, de fato, os textos

1. Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4ª ed., Berlin, Duncker und Humblot, 1987, p. 64.

normativos. No entanto, se a exigência de cognoscibilidade normativa não envolver apenas o “entendimento”, como mera capacidade de captação do sentido, mas sim também a “compreensão”, qualificada como a capacidade de atuação em conformidade com algo que se entende, aí, o objeto de compreensão não são propriamente os textos, mas as normas jurídicas como sentidos mínimos de textos normativos. Trata-se, como se vê, de uma questão estipulativa.

Seja como for, o uso da expressão “dimensão estática” deve ser entendido como estrutural, e não como imóvel. Isso porque o exame dos seus elementos também exige, por assim dizer, um movimento e, nesse sentido, um dinamismo: a acessibilidade e a inteligibilidade normativas, por exemplo, ilustram a capacidade de o destinatário poder compreender o sentido dos textos normativos, o que pressupõe, de algum modo, uma transição do texto à norma. Essas observações bastam para demonstrar que a expressão “dimensão estática”, em contraposição à “dimensão dinâmica”, no sentido aqui estipulado, representa os elementos estruturais que o Direito deve ter para servir de guia de conduta e de fundamento e de limite do exercício do poder.

Embora a segurança jurídica seja normalmente associada aos pressupostos de determinação e de clareza, inclusive às vezes relacionada exclusivamente a estes, o seu estudo revelará como esses elementos carecem de um reexame.

É o que se passa a fazer.

Seção 2. COGNOSCIBILIDADE MATERIAL: “SEGURANÇA DE EXISTÊNCIA E VIGÊNCIA” PELA ACESSIBILIDADE, PELA ABRANGÊNCIA E PELA POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO NORMATIVA

§ 1º. ACESSIBILIDADE NORMATIVA

I – Da disposição normativa

A) Publicação

Para poder entender é preciso conhecer; para poder conhecer é preciso ter acesso.² As pessoas só podem ser guiadas por normas se elas sabem da sua existência.³ Essas duas dimensões são, pois, inseparáveis: o acesso material não tem sentido sem o acesso intelectual, porém esse

2. Ben Juratowitch, *Retroactivity and the Common Law*, Oxford, Hart, 2008, p. 130.

3. Andrei Marmor, *Law in the age of pluralism*, Oxford, OUP, 2007, p. 7.