

## SOBRE A CRISE CONTEMPORÂNEA DA SEGURANÇA JURÍDICA

RICARDO HENRY MARQUES DIP

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Acadêmico da Real de Jurisprudência e Legislação de Madrid.

Da célebre sentença de Aristóteles —“o homem é, por natureza, um animal político”<sup>1</sup> — extrai-se o corolário de que o homem é *naturalmente* inclinado ao fim da Sociedade política, isto é: *ao bem comum político*. Da politicidade não poderia dizer-se, entretanto, que é um *próprio específico*<sup>2</sup> humano, se o homem não tendesse naturalmente ao fim ou bem comum da cidade. Por sua natureza<sup>3</sup> inclinam-se os homens

---

<sup>1</sup> Aristóteles, *Política*, Bkk. 1.253 a.

<sup>2</sup> Embora o próprio seja um acidente da substância, tem com esta uma vinculação necessária e invariável. Se é certo que, predicável acidental, o próprio não pertence à essência das coisas, deriva, contudo, de seus princípios essenciais: “*Proprium enim non est de essentia rei, sed ex principiis essentialibus speciei causatur*” (S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I, q. 77, art. 1, *ad 5<sup>um</sup>*). Trata-se, pois, de um acidente necessário dos sujeitos. Por isso, o próprio, sem ser essencial, é, contudo, natural a esses sujeitos. Dessa maneira, o próprio substitui materialmente o universal lógico que lhe corresponda; assim, todo homem é animal social; todo animal social é homem; ou, em exemplo de Van Acker, todo homem é risível; todo risível é homem (*Introdução à Filosofia – Lógica*, ed. Acadêmica e Saraiva, São Paulo, 1932, p. 226).

<sup>3</sup> O homem está inclinado à virtude por sua própria natureza: “*homo a natura habet inclinationem ad virtutem*” (S. Tomás de Aquino, *op. cit.*, Ia.-IIæ., q. 85, art. 1, *respondeo*). Essa inclinação diz-se *natural*, porque *em parte* provém da natureza seja específica, seja individual dos homens: não existem hábitos humanos inteiramente naturais (v. S. Tomás de Aquino, *op. cit.*, Ia.-IIæ., q. 51, art. 1, *respondeo*, e q. 63, art. 1, *respondeo*).

para tudo aquilo que os aperfeiçoa<sup>4</sup> —o que conhecem e apetecem como seu bem<sup>5</sup>, com título de fim<sup>6</sup>. Não se trata só de uma propensão humana aos bens que são próprios das pessoas singulares, mas também de uma tendência natural a bens que são comuns, entre eles o da cidade —ao qual, até mesmo, se inclinam os homens de modo *formalmente* diverso<sup>7</sup> e superior ao de sua atração natural pelos bens particulares<sup>8</sup>. Deve-se isso ao fato de que os bens possuem tanto maior bondade quanto sejam o fim comum de um maior número de entes.<sup>9</sup> O bem comum político é um todo<sup>10</sup> em que se incluem, *ordenadamente*<sup>11</sup>, os muitos e vários bens ou perfeições singulares, de sorte que o bem

---

<sup>4</sup> Bem é aquilo a que todos tendem (Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Bkk. 1.094 a), o que todos apetecem —*bonum est quod omnia appetunt* (S. Tomás de Aquino, *op. cit.*, I, q. 5, art. 1, *respondeo*)—, exatamente porque é um bem. O homem, naturalmente político, apetece o bem comum como um bem de sua natureza social.

<sup>5</sup> S. Tomás de Aquino: “...*id quod ad omnibus appetitur omnibus videtur bonum*” (In *Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, Livro 10, lição 2, n. 1.975).

<sup>6</sup> “...*res quae naturaliter sunt proportionatae ad aliquem finem, dicuntur appetere illum naturaliter*” (S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 16, art. 4, *respondeo*); “...*appetibile quod movet appetitum, est finis; ea vero quae sunt ad finem non movent appetitum nisi ratione finis*” (S. Tomás de Aquino, *De Potentia*, q. 10, art. 7, *ad 6<sup>um</sup>*).

<sup>7</sup> Cfr. S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, IIa.-IIæ., q. 58, art. 7, *ad 2<sup>um</sup>*: “O bem comum da cidade e o bem singular de uma pessoa não diferem apenas segundo o muito ou o pouco, mas conforme uma diferença formal —*formalem differentiam*; pois uma é a razão do Bem comum e outra a do bem singular, da mesma sorte que se distinguem o todo e a parte”.

<sup>8</sup> E não como efeito de uma exclusiva busca egótica do bem singular : cfr. Charles de Koninck, *De la primauté de bien commun contre les personnalistes*, ed. L’Université Laval e Fides, Québec-Montreal, 1943, p. 129-133.

<sup>9</sup> “...*bonum commune dicitur finis communis*” (S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 90, art. 2, *ad 2<sup>um</sup>*). Cfr. Carlos Cardona, *La Metafísica del Bien Común*, ed. Rialp, Madrid, 1966, p. 28.

<sup>10</sup> Cfr. Jean Madiran, *Le principe de totalité*, ed. Nouvelles Éditions Latines, Paris, 1963, *passim*.

<sup>11</sup> “O bem particular está ordenado ao bem do todo como a seu fim...” (S. Tomás de Aquino, *Suma Contra os Gentios*, Livro 1, n. 86); “é manifesto que o bem da parte é para o bem do todo” (S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 92, art. 1, *ad 3<sup>um</sup>*); “é manifesto que

comum da cidade emerge da ordem e da disposição adequada desses bens particulares<sup>12</sup>. E a essa reta ordem e disposição da *polis* dá-se o nome de *justiça*<sup>13</sup>.

A só existência de disposições *naturais* no homem, vocacionado, por sua mesma natureza, pois, a ser justo e a observar a primazia do bem comum político, não significa, todavia, a automática passagem da potência ao ato correspondente<sup>14</sup>. Seria isso próprio de uma natureza impecável. O crime, porém, é quase tão antigo quanto a humanidade<sup>15</sup> e não cessou jamais de existir na história do homem decaído<sup>16</sup>: “*L’histoire de l’humanité*” —disse Maurice Hauriou— “*est le commentaire perpétuel du meliora proboque, deteriora sequor*”<sup>17</sup>. Essa antinomia entre o apetite natural das virtudes e o fato dos homens criminosos revela a essência do trágico na história humana<sup>18</sup>, com seu rigoroso encadeamento lógico-factual<sup>19</sup> e seu remate catastrófico<sup>20</sup>.

---

todas as partes são ordenadas à perfeição do todo” (S. Tomás de Aquino, *Suma Contra os Gentios*, Livro 3, n. 112).

<sup>12</sup> S. Tomás de Aquino, *Suma Contra os Gentios*, Livro 3, n. 94.

<sup>13</sup> Aristóteles, *Política*, Bkk. 1.253 a.

<sup>14</sup> A perfeição ou bem —diz Carlos Cardona— “*no viene dada en la criatura con el ser substancial, sino que es alcanzada mediante la operación por la que pasa de la potencia al acto*” (*op. cit.*, p. 15).

<sup>15</sup> “*Le phénomène criminel est vieux comme le monde. (omissis) Depuis les premiers temps de l’Histoire, la criminalité n’a jamais cessé de se manifester dans tous les civilisations et dans tous les lieux de la Terre*” (Roger Merle e André Vitu, *Traité de droit criminel*, ed. Cujas, Paris, 1997, n. 1).

<sup>16</sup> Para o pensamento cristão genuíno, desde o pecado adâmico debilitou-se a natural inclinação do homem para as virtudes: “*naturalis inclinatio ad virtutem, diminuitur per peccatum*” (S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 85, art. 1, *respondeo*).

<sup>17</sup> “*...l’histoire des mœurs n’est que le long martyrologe de la loi morale, l’histoire des défaillances et des trahisons de la volonté humaine aux prises avec la loi, celles des désobéissances à la loi...*” (Maurice Hauriou, *Aux sources du droit –Le pouvoir, l’ordre et la liberté*, ed. Bloud & Gay, Paris, 1933, p. 40).

<sup>18</sup> Um *trágico plenário* —a um só tempo seqüência rigorosa e catastrófica no plano natural e no sobrenatural— está grandiosamente concebido em *I promessi sposi* de Alessandro Manzoni, para quem deve esperar-se justiça no mundo, como quem espera um ato do governo de Deus: diante de uma grave situação de injustiça, Lucia Mondella sugere a Renzo Tramaglino que espere alguma solução, porque “*qualche santo ci aiuterà*”; e Renzo, esperançoso, diz várias

Para mais, como se vê da apontada sentença de Ovídeo, a virtude cívica da justiça não é intelectual: o homem pode tornar-se, de fato, assim o afirmou Aristóteles, o mais ímpio e pior de todos os animais<sup>21</sup>: é que vê o bem e escolhe o mal. Sem a justiça não é possível a *paz na cidade*, a tranqüilidade que deriva da ordem —*pax omnium rerum, tranquillitas ordinis*<sup>22</sup>—, e ordem que é a disposição adequada das coisas diferentes e das coisas iguais<sup>23</sup>, em uma só palavra, *justiça*. Foi de logo preciso na história dos homens e ainda continua e sempre continuará preciso —*ubi societas, ibi jus*—, o *temor do castigo*<sup>24</sup>, temor que se exprime pela *disciplina das leis*<sup>25</sup> e que tem, além disso, a missão de ensinar ao homem o que é justo *ut in pluribus*.

A vocação natural dos homens para o bem comum e a justiça exige, portanto, indispensavelmente, algum modo de objetivação do direito, algum modo pelo qual

---

vezes: “*a questo mondo c’è giustizia, finalmente*” (ed. Grandi Tascabali Economici Newton, Roma, 1989, p. 78).

<sup>19</sup> Termo mais adequado esse —“encadeamento lógico-factual”— do que a expressão “fatalidade” para explicar o sentido de trágico.

<sup>20</sup> Duas distinções, uma entre, objetivamente, a discatástrofe e a eucatástrofe, e, outra, subjetivamente, entre o desespero e a esperança, separam o trágico pagão do trágico cristão. A angústia trágica do cristão não é desesperadora porque ele confia na misericórdia. Daí o paradoxo de S. Ambrósio —*felix ruina, quae reparatur in mellius*—, a impressiva enunciação litúrgica do *Exsultet* da vigília pascal —*O felix culpa, quae talem ac tantum meruit habere Redemptorem!*—, e o ensinamento paulino na *Carta aos Romanos*, 11-32 (“Deus encerrou todos esses homens na desobediência, para com todos usar de misericórdia”), lição que Journet diz constituir a *chave da história universal* (v. Charles Journet, “Notes sur le tragique”, in *Exigences chrétiennes en politique*, ed. Egloff, Paris, 1945, p. 379), solução que se reconduz ao prototrágico cristão —p.ex., a prova de fé com o decreto da morte de Isaac ou os padecimentos de Job.

<sup>21</sup> Aristóteles, *Política*, Bkk. 1.253 a.

<sup>22</sup> S. Agostinho, *De civitate Dei*, Livro 19, cap. 13, n. 1.

<sup>23</sup> “*Ordo est parium dispariumque rerum sua cuique loca tribuens dispositio*” (S. Agostinho, *De civitate Dei*, livro 19, cap. 13, n. 1).

<sup>24</sup> Na célebre expressão de S. ISIDORO de Sevilha: “*Factæ sunt autem leges ut eraum metu humana coerceatur audacia, tutaque sit inter inprobos innocentia, et in ipsis inpiis formidato supplicio refrenetur nocendi facultas*” (*Etimologias*, Livro 5, n. 20).

<sup>25</sup> S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1, *respondeo*.

possam os homens ser ensinados acerca do objeto da justiça —*i.e.*, do *direito*, que vem antes<sup>26</sup> da justiça: “*A justiça é algo segundo*” — disse Josef Pieper. “*A justiça pressupõe o direito*”<sup>27</sup>. Saber qual é o *direito*, que é objeto da virtude da justiça, demanda o concurso de *leis*, aqui tomado esse conceito numa acepção amplíssima, a compreender as normas naturais e as humanas, o direito das gentes, as normas genéricas e as estamentais, as escritas e as costumeiras, várias classes de princípios<sup>28</sup>, as instituições jurídicas, os decretos dos governantes, alguma vez as respostas dos jurisprudentes, a doutrina firme dos Tribunais, limitadamente as sentenças judiciárias singulares, como determinação conflitual do direito, e as convenções particulares, sua determinação *privatum conductum*<sup>29</sup>.

Aristóteles afirmara já, em conhecida passagem do primeiro livro da *Retórica*, que “*corresponde às leis bem dispostas determinar por si, o quanto seja possível, tudo, e deixar aos que julgam o menos possível*”<sup>30</sup>, e, numa prudente lição de filosofia jurídica —lição confirmada pela Escolástica hispânica<sup>31</sup>—, já se recomendou “*deixar*

---

<sup>26</sup> Cfr. S. Tomás de Aquino, *Suma Contra os Gentios*, Livro 2, cap. 28.

<sup>27</sup> Josef Pieper, *Las Virtudes Fundamentales*, tradução castelhana, ed. Quinto Centenario, Bogotá, 1988, p. 89. De que segue, portanto, não ser a justiça, em rigor, um fim do direito: “*el derecho positivo tiene por objeto determinar lo propio de cada uno en cada circunstancia, no en vista de la justicia (omissis), sino de lo que a cada uno le corresponde de acuerdo con las exigencias de su naturaleza, su condición en la sociedad y los imperativos del bien común*” (Tomas Casares, *La Justicia y el Derecho*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 12).

<sup>28</sup> Assim, os princípios gerais de Direito, os ético-jurídicos, os tradicionais de cada País, os políticos e os extraídos da natureza das coisas: cfr. Juan Vallet de Goytisoló, *Metodología de las Leyes*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, p. 345 *et sqq.*

<sup>29</sup> S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, IIa-IIæ., q. 57, art. 2, *respondeo*. Cfr. Juan Vallet de Goytisoló, *Metodología de la Determinación del Derecho*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces e Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, tomo 2, p. 1.041 *et sqq.*

<sup>30</sup> Aristóteles, *Retórica*, Bkk. 1.354 b; cfr. ainda: *Política*, Bkk. 1.287.

<sup>31</sup> *Brevitatis causa*, Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure*, Livro 1, q. 5, art. 1; Francisco de Vitoria, *De potestate Papae et Concilii relectio*, ns. 7 e 12, e Luis de León, *De Legibus*, cap. 6.

*pouquíssimos assuntos ao arbítrio humano*”<sup>32</sup>.<sup>33</sup> A abolição do reino da lei jurídica não leva, de fato, à lei do amor<sup>34</sup> como aventurava um anarquismo otimista, mas ao realismo da lei do mais forte<sup>35</sup>. Afastada da natureza do homem, o homem “*ni ange ni bête, mais homme*” —como disse Pascal<sup>36</sup>—, a abolição da autoridade política<sup>37</sup> conduz a um resultado anti-social: “*qui veut faire l'ange fait la bête*”<sup>38</sup>.

Objetividade das leis, primeiro, na sinalização daquilo que é justo em princípio: a *segurança do direito*, que se obtém com o ditame prévio correspondente; segundo: como garantia de aplicação do direito —e, quando o caso, da força<sup>39</sup>— contra os perigos que turbam a vida social: é a *segurança pelo direito*; terceiro, e por fim,

---

<sup>32</sup> S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1, *ad I<sup>um</sup>*.

<sup>33</sup> No debe inducirse una conclusión de ptolomeísmo jurídico, porque los apuntados juicios de Aristóteles y S. Tomás se han de comprender juntamente con las ideas de soberanía social, subsidiariedad, estabilidad legal y derecho mínimo. La llave de la prudencia legislativa y de gobierno, como ha dicho Taparelli, está en que el Estado no debe hacer, ni dejar de hacer, pero, sí, ayudar los particulares a hacer todo lo que pueden hacerlo por si propios. En resumen, es en el ámbito de lo que se toca al Estado legislar y juzgar, solamente en eso, que la autoridad política no debe dejar la materia a la discreción de los jueces.

<sup>34</sup> “*Supprimez toute organization sociale, ce n'est pas la 'loi d'amour' qui s'établit, c'est la loi de la violence, violences des forces naturelles extra-humaines ou violence des humains entre eux, qui ne rencontrent plus les freins matériels et moraux traditionnels édifiés par la civilisation*” (A. L. Galéot, *Les systèmes sociaux et l'organisation des nations modernes*, ed. Nouvelle Librairie Nationale, Paris, 1920, p. 137).

<sup>35</sup> Assim o compendia o célebre adágio atribuído a Lacordaire: “*Entre le faible et le fort c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère*”.

<sup>36</sup> Blaise Pascal, *Pensées*, n. 140-522.

<sup>37</sup> Galéot: “*L'anarchie est bestiale et conduit les hommes à la misère. (omissis) L'ordre seul est humain*” (*op. cit.*, p. 393).

<sup>38</sup> Pascal, *op. cit.*, n. 358-678.

<sup>39</sup> Diz Juan Vallet de Goytisolo, in *Panorama del Derecho Civil* (ed. Bosch, Barcelona, 1963): “*La esfera del Derecho vive inmersa entre las del Amor y de la Fuerza ou el Poder*” (p. 7); “*Sin suficiente Poder para imponer lo justo coactivamente a quienes no lo respetan, normalmente se caerá en el desorden y en la anarquía*” (p. 8); “*El Poder será más fácil y la subordinación más llevadera, cuanto más les acompañe el Amor, y tanto más difícil quanto menos Derecho y más arbitrariedad predomine*” (p. 33).

objetividade das leis para atuar como garantia contra suas modificações arbitrárias<sup>40</sup>. Essa objetivação disciplinar, pois, embora cumpra o primeiríssimo papel de sinalizar a *res justa* —*conclusiva* ou *determinativamente*, conforme o caso—, assim interessando à virtude da justiça, também apresenta uma vertente gnosiológica e psicológica, o que se chama *segurança de orientação*: os homens precisamos, com efeito, saber em que nos fiar, a que nos ater, quais são as *regras do jogo*, as regras da vida jurídica em concreto. Isso é indispensável para que possamos exercitar o *direito* de observância de nossos *deveres* de justiça e de exigir que, a nosso próprio respeito, se observem também os deveres jurídicos que correspondam. Trata-se aí de um aspecto da objetivação disciplinar em que, por meio de uma *asseguração jurídica* —vale por dizer, a segurança de uma regulação obrigatória<sup>41</sup>—, faz-se propícia a aquisição pessoal de uma *certeza do direito*. Passa-se isso secundariamente, no nível gnosiológico, porque o de que então se cuida é de dar algo a conhecer —o que se prescreve, proíbe, permite ou impera—, sem que, nessa estrita perspectiva de limitação noética, emergja discussão *quanto à justiça* do que se comunica.

Essa *distinção* de planos, contudo, na objetivação das leis não implica *separação* entre, de um lado, o justo, e, de outro, a segurança e a certeza *do* direito e *pelo* direito. Não basta, com efeito, a mera objetivação normativa para instituir o direito, pois, assim já o advertira Cícero, em conhecida passagem do *De Legibus*, “*Se os mandatos dos povos, os decretos dos imperadores, as sentenças dos juízes fundassem o direito, direito seria o roubo, o adultério, a falsificação do testamento, se em seu apoio tivessem os votos ou aprovação da multidão*”. São de tempos mais próximos, no mesmo sentido, a observação de Tocqueville —“*A ordem sem a justiça é a barbárie*”— e as fortes expressões de Baumann: “*Não pode existir uma ordem socialmente correta e moralmente reprovável*”; “*uma comunidade que, para sua convivência haja fixado*

---

<sup>40</sup> Cfr., a propósito, Gustav Radbruch, *Le but du droit*, in *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, p. 54.

<sup>41</sup> Cfr. Arthur Fridolin Utz, *Ética Social*, tradução castelhana de Alejandro Ros, ed. Herder, Barcelona, 1965, tomo 2, p. 16.

*normas com cominações penais contrárias à lei moral, não é uma comunidade jurídica, mas uma quadrilha de ladrões*”<sup>42</sup>.

Em contrapartida, se a *segurança in-justa* é inadmissível, não menos o será —e aqui até mesmo, supõe-se, como um impossível factual— uma *justiça in-segura, incerta*, apenas conjecturável, por exemplo, em modelos utópicos de Sociedades políticas nos quais, a pretexto de contínuas deliberações acerca da *res justa*, se entendesse dispensável a autoridade correspondente à definição e à estabilidade da *res judicata*. De modo que a cada ação processual se seguiria uma discussão interminável e, acaso de fato ela se findasse, a prolação de uma sentença irrelevante, inexecutável por princípio, renovável por definição, redundaria no caráter frustrâneo do próprio fim da deliberação, que é decidir ou eleger. De fato, se se quer deliberar incessantemente —numa espécie de jacobinismo jurídico<sup>43</sup>—, o marco final é o infinito<sup>44</sup>.

Conclui-se, pois, que a segurança jurídica é uma condição da justiça —*praeter justitiam*, disse Luño Peña, *sed pro justitia*<sup>45</sup>—, e ela também, a exemplo da justiça, interessa ao bem comum político<sup>46</sup>. Não surpreende, portanto, que, reconhecida a segurança jurídica como algo de *essencial* à vida política —um seu princípio<sup>47</sup>, valor<sup>48</sup>,

---

<sup>42</sup> Jürgen Baumann, *Derecho Penal*, tradução ao castelhano por Conrado A. Finzi, ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 3.

<sup>43</sup> Cfr., *brevitatis causa*, a crítica de Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, ed. Sirey, Paris, 1929, p. 622.

<sup>44</sup> Assim o disse Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, Bkk. 1.113 a.

<sup>45</sup> “La Seguridad no es la Justicia. Es un valor que está fuera de la Justicia, pero al servicio de la Justicia. Es el valor adjetivo de la Justicia: ‘*Praeter Justitiam, sed pro Justitia*’” (Enrique Luño Peña, *Derecho Natural*, ed. Hormiga de Oro, Barcelona, 1954, p. 219).

<sup>46</sup> Embora diga Georges Renard: “*C’est que le droit a pour but, non seulement de réaliser la Justice, mais de procurer la Sécurité...*” (*L’institution*, ed. Flammarion, Paris, 1933, p. 53), melhor é a lição de Casares, para quem, afirmada a lição tradicional de que o objeto da justiça é o direito, não é possível já dizer que o objeto do direito é a justiça. Ou uma coisa ou outra: o objeto do direito é o bem comum, e só analogicamente é admissível afirmar que uma lei é justa, na medida em que ela, isto sim e propriamente, assegura “a los súbditos posibilidades efectivas de plenitud personal mediante la promoción del bien común” (*op. cit.*, p. 13).

<sup>47</sup> Assim, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, ed. Almedina, Coimbra, 1998, p. 250, enunciando-o: “o indivíduo tem do direito poder confiar em

ou ambas as coisas<sup>49</sup>—, ela se formule como um *direito fundamental*. Essa referência à segurança —*sobretudo à seguridade pessoal*, vale por dizer, uma segurança *pelo direito*— já se encontra na

a) Declaração da Virgínia de 1776<sup>50</sup>, em cujo artigo 1º se lê que os homens possuem direitos inatos, entre eles o relativo aos meios para buscar e conseguir a felicidade e a segurança —*happiness and safety*; também na

b) Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, no mesmo ano de 1776<sup>51</sup>;

c) na Declaração francesa *des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de agosto de 1789<sup>52</sup>;

d) na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de março-maio de 1948<sup>53</sup>;

---

que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos por essas mesmas normas”.

<sup>48</sup> Cfr., por muitos, Paul Roubier: “...*nous avons reconnu l'existence d'une première valeur, qui est la sécurité juridique*” (*Théorie générale de droit*, ed. Sirey, Paris, 1951, p. 318).

<sup>49</sup> Para quem o valor, *rectius*: um bem, não tem caráter subjetivo, de sorte que pode constituir um *fim*, que é o primeiro dos *princípios* da ação.

<sup>50</sup> *The Virginia Declaration of Rights*, 12-6-1776, art. 1.º: “That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety”.

<sup>51</sup> *The Declaration of Independence of The United States of America*, 4-7-1776: “...to institute new government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness”.

<sup>52</sup> *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 4-8-1789, art. 2.º: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces Droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression”

<sup>53</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprovada durante a IX Conferência Interamericana de Bogotá, realizada de 30 de março a 02.05.1948; art. 1.º:

e) na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, dezembro de 1948<sup>54</sup>;

f) na Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais —o Convênio Europeu de Direitos Humanos— de novembro de 1950<sup>55</sup>;

g) no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, da Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1966<sup>56</sup>;

h) no Pacto de São José da Costa Rica —Convenção Americana de Direitos Humanos—, de novembro de 1969<sup>57</sup>; nas Constituições de numerosos Países, de modo direto e explícito, p.ex., nas vigentes Constituições de Espanha<sup>58</sup>, Bolívia<sup>59</sup>, Chile<sup>60</sup>, Paraguai<sup>61</sup>, Peru<sup>62</sup>, Portugal<sup>63</sup>, Uruguai<sup>64</sup>, Brasil<sup>65</sup>, ou de maneira indireta, v.g., nas

---

“Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Em seu art. 16, a mesma Declaração refere-se ao “derecho a la seguridad social”.

<sup>54</sup> *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10-12-1948, art. 3.º: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

<sup>55</sup> *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 4-11-1950, art. 5.º: “Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté”.

<sup>56</sup> *Pacto Internacional de Derechos Cíviles e Políticos*, 16-12-1966, art. 9.º: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

<sup>57</sup> *Convención Americana de Derechos Humanos*, 22-11-1969, art. 7.º: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”.

<sup>58</sup> Constituição espanhola de 1978, art. 17-1: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”.

<sup>59</sup> Constituição Política do Estado da Bolívia, 1995, art. 7.º: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: a) A la vida, la salud y la seguridad”.

<sup>60</sup> Constituição Política da República do Chile, 1980 (reforma em 2000), art. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 7- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual”

<sup>61</sup> Constituição da República do Paraguai, 1992, art. 9.º: “Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad”.

<sup>62</sup> Constituição Política do Peru, 1993, art. 2.º: “Toda persona tiene derecho: (...) 24- A la libertad y a la seguridad personales”.

<sup>63</sup> Constituição da República portuguesa de 1976, art. 27-1: “Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

Constituições do México<sup>66</sup> e da Argentina<sup>67</sup>. A Declaração de Roma sobre a Seguridade Alimentar Mundial, concluindo a reunião de Cúpula da Organização das Nações Unidas, em novembro de 1996, afirmou que a segurança alimentar é um dos direitos fundamentais; uma Corte Constitucional, na América do Sul, alistou entre esses direitos a segurança social das pessoas de terceira idade.

Não se trata só, contudo —e isso releva muitíssimo—, de uma exclusiva segurança jurídica, a abranger o econômico e social, uma segurança cifrada ao relacionamento inter-humano. Ademais, duas outras espécies de segurança são ansiadas pelos homens: uma, tocando sua relação com a natureza física, a segurança diante

---

<sup>64</sup> Constituição da República Oriental do Uruguai, 1967, art. 7.º: “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. (...)”.

<sup>65</sup> Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5.º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

<sup>66</sup> Na *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de 1917, com alterações posteriores, difundem-se referências à segurança jurídica — enquanto segurança pelo direito. Destacam-se aqui, *brevitatis causa*, dois artigos, o 5.º —“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad solo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial” — e o 25: “Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una mas justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución”.

<sup>67</sup> *Constitución de la Nación Argentina*, de 1994, arts. 14-18. Em particular, seu art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe”.

do cosmos; outra, escatológica, tangendo os novíssimos, o destino último do homem, a segurança do mais além<sup>68</sup>. O desejo de ordem, de paz e de segurança —disse Helmut Coing— “está profundamente enraizado na vida anímica do homem”<sup>69</sup>.

A despeito da universalidade antropológica dessas exigências, pareceria que, outrora, a avistável vinculação essencial entre justiça e segurança jurídica, importando na impossibilidade de sua separação, induzisse a doutrina dos juristas a pensar na segurança jurídica como uma dessas realidades elementares e evidentes sobre as quais não vale a pena despende o tempo. De modo que a idéia de uma regulação social obrigatória, estável e conhecida como certa — o que, bem se vê, não se resume ao cânon da lei *stricto sensu* — estaria incluída como nota do conceito objetivo de bem comum político. Em outras palavras, a *res justa* — abstrata ou concretamente considerada — teria sempre de ser, de algum modo, uma *res certa*, embora, à evidência, não toda *res certa* pudesse, por si só, estimar-se coisa justa. A positividade é condição necessária da segurança jurídica, mas não lhe é suficiente.

Talvez, em todo caso, seja bastante o atributo de *promulgação* das leis, objeto de permanente reclamo da doutrina, para nisso reconhecer uma implícita referência à segurança *do* direito e, potencialmente, à segurança *pelo* direito. De toda sorte, não faltaram antiqüíssimas referências explícitas à segurança jurídica, p.ex., já num diálogo platônico<sup>70</sup>, e López de Oñate<sup>71</sup> registrou a propósito algumas alusões do *Pro Cluentio* de Cícero. Há também, nessa matéria, um conhecido acerçamento pontual de S.ISIDORO de Sevilha, pelo ângulo da certeza jurídica, ao indicar que a lei deve ser clara — não se

---

<sup>68</sup> Cfr. Luis Carlos Cabral, *Justicia y Seguridad*, in VV.AA., *Acerca de la Justicia*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 20.

<sup>69</sup> Prossegue o autor: “El último [la seguridad], sobre todo, y como ya se ha indicado numerosas veces, va junto con el terror del hombre ante la inseguridad de su existencia, ante la imprevisibilidad y la incertidumbre a que está sometido” (Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, tradução de Juan Manuel Mauri, ed. Ariel, Barcelona, 1961, p. 67).

<sup>70</sup> Sauer, *apud* José Luis Mezquita del Cacho, *Teoría de la Seguridad Jurídica*, ed. Bosch, Barcelona, 1989, tomo 1, p. 17, nota n. 1.

<sup>71</sup> Flavio López de Oñate, *La Certeza del Derecho*, tradução ao castelhano por Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin, ed. EJE, Buenos Aires, 1953, p. 80

dê que por sua obscuridade induza a erro<sup>72</sup>. Mais amplamente S. Tomás de Aquino, em várias passagens, tangeu a questão: v.g., ao recomendar a necessidade das leis para deixar pouquíssimos assuntos à decisão dos juízes<sup>73</sup>; quando confirmou a lição de S. Isidoro acerca das qualidades da lei positiva<sup>74</sup>; com afirmar que a lei deve ter a máxima estabilidade possível<sup>75</sup>; ao ensinar que as leis não devem modificar-se à vista de qualquer melhoria, senão que em caso de grande utilidade ou necessidade —*pro magna utilitate vel necessitate*<sup>76</sup>; ao dizer que o fim da lei humana é a tranqüilidade temporal do Estado —*temporalis tranquillitas civitatis*<sup>77</sup>. Suárez e Luis de León também versaram o tema: o primeiro, p.ex., ao versar sobre a necessidade de uma causa justa relativa ao bem comum para a revogação de leis justas<sup>78</sup>, e Luis de León ao ensinar, v.g., que as leis, salvo um interesse muito grande e evidente —*evidens atque maxima utilitas*— não podem mudar-se sem prejuízo da comunidade<sup>79</sup>. E se, depois, muitos autores ainda incursionaram no plexo da segurança e da certeza do direito —como, *brevitatis causa*, os referem largamente López de Oñate e Mezquita del Cacho—, o fato é que a matéria, anteriormente ao século passado, não recebeu tratamento doutrinário de vulto.

Já nos primórdios do século XX, todavia, desencadeou-se a meditação detida e confessada sobre o tema da seguridade jurídica, em conseqüência, com palavras de RADBRUCH, da *depreciação da segurança*<sup>80</sup>. Depreciação objetiva ou factual, depreciação subjetiva ou da certeza e depreciação afetiva ou do sentimento de

---

<sup>72</sup> S. Isidoro de Sevilha, *op. cit.*, Livro 5, n. 21: “...manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat”.

<sup>73</sup> O que, de resto, já se encontrava em Aristóteles, *Retórica*, Bkk. 1.354 a; ver S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 1, *ad 2<sup>um</sup>*.

<sup>74</sup> S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 95, art. 3, *respondeo*.

<sup>75</sup> ID., *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 97, art. 1, *ad 2<sup>um</sup>*: “...mensura debet esse permanens quantum est possibile”.

<sup>76</sup> ID., *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 97, art. 2, *ad 2<sup>um</sup>*.

<sup>77</sup> ID., *Suma Teológica*, Ia.-IIæ., q. 98, art. 1, *respondeo*.

<sup>78</sup> Francisco de Suárez, *Tractatus de Legibus ac Deo Legislatore*, Livro 6, cap. 25, n. 4.

<sup>79</sup> Luis de León, *op. cit.*, cap. 8, n. 165.

<sup>80</sup> Radbruch, *op. cit.*, p. 56.

segurança<sup>81</sup>. Uma desvalorização, enfim, que atingiu o âmago da segurança burguesa, o tipo de segurança a que se ordenava o ideário do século XIX. O núcleo duro da concepção burguesa —“*tudo sempre marcha de modo racional e seguro*”— tendia a uma segurança utópica e plenária, cuja natureza não era social, nem econômica; a despeito de expressar-se como uma proclamação de aparência mundana e temporal, o anseio pela segurança ampla e absoluta tinha ao fundo um *caráter espiritual*. Não há novidade alguma nessa afirmação, já expressamente desfiada, p.ex., numa página admirável de Berdiaeff<sup>82</sup>. Parece mesmo que não há modo de a política evadir alguma ressonância religiosa: é célebre que, declarando-se Proudhon<sup>83</sup> surpreso com esse liame fático entre política e religião, foi sua surpresa que causou surpresa a Donoso Cortés<sup>84</sup>: já Tertuliano havia dito, exagero interpretativo à parte, que os homens são *naturalmente cristãos*<sup>85</sup>; Louis Salleron, que o homem é um *animal religioso*<sup>86</sup>, e o mexicano Basave

---

<sup>81</sup> Realidade psicológica patente, mas à qual não se há de reduzir o conceito integral de segurança (v. a propósito, Louis Le Fur, *Le but du droit : bien commun, justice, sécurité, in Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, p. 6; v. Helmut Coing, *op. cit.*, p. 67).

<sup>82</sup> “O burguesismo é um estado e uma orientação do espírito, um modo especial de sentir a vida. Ele não é de ordem social ou econômica e é mais do que uma categoria psicológica e ética: é uma categoria espiritual, ontológica” (Nicolas Berdiaeff, *De l'esprit bourgeois*, tradução francesa de Elisabeth Bellençon, ed. Delachaux e Niestlé, Neuchatel-Paris, 1949, p. 41).

<sup>83</sup> Pierre Joseph Proudhon, *Les Confessions d'un Révolutionnaire*, apud Juan Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, Livro 1, cap. 1, in *Obras Completas*, ed. BAC, Madrid, 1970, vol. 2, p. 499.

<sup>84</sup> “*Nada hay aquí que pueda causar sorpresa, sino la sorpresa de M. Proudhon*” (Donoso Cortés, *op. cit.*, vol. 2, p. 499). Na *Carta al Cardenal Fornari*, escreveu Donoso: “*Entre los errores contemporáneos no hay ninguno que no se resuelva en una herejía*” (*op. cit.*, vol. 2, p. 744-745).

<sup>85</sup> Tertuliano, no *Apologeticus*: “*O testimonium animæ naturaliter christianæ*” (apud Rouët de Journel, *Enchiridion Patristicum*, ed. Herder, Barcelona, 1967, n. 275).

<sup>86</sup> “*L'homme est un animal religieux*” (Louis Salleron, *...ce qu'est le Mystère à l'Intelligence*, ed. du Cèdre, Paris, 1977, p. 17)

del Valle, que o homem é um *ser teotrópico*<sup>87</sup>. O fato é que, questões integradas ao conteúdo da fé, as últimas relativas à vida e ao homem foram objeto de neutralidade asséptica no cânon do pensamento burguês<sup>88</sup>, e ali se substituíram pela fé no visível e no palpável: Léon Bloy disse então impressivamente que *S. Tomé era o patriarca dos positivistas*<sup>89</sup>. De onde a confiança creditada ao panjuridismo<sup>90</sup>, aparato de manifestação de uma incontrastável vontade<sup>91</sup> do Estado<sup>92</sup>. Confiou-se, em acréscimo, na fórmula econômica do capitalismo —acolhendo-lhe, de caminho, as raízes religiosas<sup>93</sup> que prometiam resolver o problema da salvação escatológica ora mediante o paradoxo<sup>94</sup> de uma sentença arbitrária, ora por meio de uma singela letra de câmbio espiritual com que se sacramenta a *sola fides*. Apoiada a concepção decimonônica fundamental numa

---

<sup>87</sup> Agustín Basave Fernández del Valle, *Filosofia do homem*, tradução brasileira de Hugo di Primio Paz, ed. Convívio, São Paulo, 1975, p. 168-171.

<sup>88</sup> Cfr. Otfried Höffe, *Justiça Política*, tradução brasileira de Ernildo Stein, ed. Vozes, Petrópolis, 1991, p. 28-29.

<sup>89</sup> “...saint Thomas est le patriarche des positivistes” (Léon Bloy, *Exégèse des lieux communs*, ed. Gallimard, Paris, 1968, p. 71).

<sup>90</sup> Sem que o panjuridismo equivalha, sem mais, a uma fórmula panlegística, porque a observância da lei, nos credos protestantes, não se remete ao destino escatológico dos homens (Francisco Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, ed. Universidad de Sevilla, 1977, tomo 2, p. 137).

<sup>91</sup> *Il cuore della modernità*, disse Francesco D’Agostino, é “*il suo essere radicata nella volontà di potenza*” (*Il diritto come problema teologico*, ed. G. Giappichelli, Turim, 1995, p. 85).

<sup>92</sup> Luigi Sturzo avistou nesse quadro um signo panteístico: cfr. “O Panteísmo de Estado”, in VV.AA., *Heresias do nosso tempo*, tradução portuguesa do Pe. António Marques, ed. Tavares Martins, Porto, 1960, p. 121 *et sqq.*

<sup>93</sup> Obrigatoriamente, Max Weber, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, tradução brasileira de M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi, ed. Pioneira, São Paulo, 1967, *maxime* p. 65-109.

<sup>94</sup> Tanto no plano teológico, quando no de sua transposição política, o voluntarismo decisório calvinista —“...para Calvino la justicia es pura y simplemente la voluntad de Dios cuando actúa como juez” (Tejada, *op. cit.*, vol. 2, p. 137)— remata no *paradoxo* de que a segurança depende do arbítrio de Deus ou do juiz humano: reduz-se o direito à consciência do magistrado que profere a sentença, àquilo que decida *intima animæ pars* (ID., p. 139).

racionalização absoluta da existência terrena<sup>95</sup> —o homem cria o mundo todos os dias, por sua atividade econômica<sup>96</sup>— e no milenarismo<sup>97</sup> de uma ordem social perfeita<sup>98</sup>, toda moral burguesa estava dirigida, em essência, à idéia de segurança<sup>99</sup>. De que seguem suas tópicas: *eu lavo as mãos qual Pilatos; ser como é preciso; e é preciso ser de seu próprio século; todas as opiniões são respeitáveis; quando se está no comércio... negócios são negócios; é preciso morrer rico*<sup>100</sup>; certo: *o dinheiro não traz a felicidade, mas...*<sup>101</sup> etc.

Em março de 1937, na cidade de Roma, instalou-se o 3.º Congresso do Instituto Internacional de Filosofia do Direito e de Sociologia Jurídica: nele, entre outros grandes pensadores, proferiram conferências Louis Le Fur, Giorgio Del Vecchio, Recasens Siches, Carlyle, Délos, Gustav Radbruch. A só enunciação do título dos temas desse Congresso —em seu gênero, o *fim do direito*, e, de modo específico, o bem

---

<sup>95</sup> “É o culto de Baal que assinala o início da nascente civilização burguesa... Toca a essa civilização destruir todo culto sagrado” (Berdiaeff, *op. cit.*, p. 55-56).

<sup>96</sup> Versando acerca da visão do mundo no cristianismo *burguês*, diz Marcel de Corte: “Un tel monde n’offre plus rien de mystérieux, d’effrayant, d’obscur: le bourgeois le connaît, distinctement, puisqu’il le crée chaque jour, à l’entour de soi, par son activité industrielle ou mercantile” (*Essai sur la fin d’une civilisation*, ed. M. Th. Génin e Librairie de Médicis, Paris, 1949, p. 196). Também aí se adverte o funcionalismo com que se sobrevalorava a *poiesis*, menosprezando-se as ações pessoais imanentes.

<sup>97</sup> Diz Berdiaeff: “Tendo perdido o sentido da culpabilidade, do pecado, o burguês orienta sua vontade para realizações ilusórias e deixa submeter-se pelo ‘mundo’. Sua idéia motriz é a de obter o poderio e o bem estar, sem aceitar o Gólgota. Eis aí o milenarismo burguês” (*op. cit.*, p. 54). O triunfo do espírito burguês ocorre, segundo o autor, desde que, “na cristandade, a cidade terrestre passa por celeste e que o cristão deixa de sentir-se peregrino sobre a terra” (p. 59).

<sup>98</sup> É ainda de Berdiaeff: “O arquiteto da torre de Babel é um burguês” (*op. cit.*, p. 53).

<sup>99</sup> “Toda nossa moral atual estava orientada essencialmente para a segurança” (Jakob Burckhardt, *apud* Radbruch, *op. cit.*, p. 56).

<sup>100</sup> Cfr. Léon Bloy, *op. cit.*.

<sup>101</sup> “L’Argent...” —diz Bloy— é, para o burguês, “le Rédempteur ou, si on veut, l’image du Rédempteur” (p. 65). O dinheiro não traz a felicidade: “c’est vrai, songe profondément le Bourgeois, l’argent ne fait pas le bonheur, surtout lorsqu’il est absent” (p. 103).

comum, a justiça e a *segurança* — punha à mostra que a doutrina passava a ocupar-se de um problema que até então lhe parecera desprezível. A revolução bolchevique de 1917, a guerra mundial de 1914, a grande depressão dos anos 30, sucessiva ao *crack* da Bolsa de Valores de Nova York em 1929, a ascensão de Hitler em 1933, a guerra civil espanhola de 1936, entre outros acontecimentos —alguns dos quais menos aparatosos mas acaso tão ou mais profundos e intensos no plano espiritual<sup>102</sup>— influíram na perda da cega fé burguesa: desmoronara a utopia da segurança plenária. Era hora já, senão tardia, de meditar sobre a segurança jurídica e suas relações com a justiça e o bem comum.

Na sessão inaugural do referido Congresso de Roma, Le Fur afirmou com todas as letras que a justiça e a segurança jurídica não são realidades antinômicas: ao revés, são mesmo “*les deux éléments, les deux faces du bien commun*”<sup>103</sup>. O fim do Direito, prosseguiu o autor, é o de criar, pela justiça, pela ordem e pela segurança, as condições que permitam ao grupo social a realização do bem comum. Mas segurança e justiça não se podem separar: “*Tout se tient dans la vie de l’homme, il n’y a bonté ni beauté, ni vérité ni justice dans le désordre*”<sup>104</sup>. Joseph Délos, professor da Faculdade livre de Direito de Lille, declinou ali célebre definição de segurança jurídica<sup>105</sup>: “*a garantia*

---

<sup>102</sup> Pense-se, a propósito, nos efeitos do Decreto do Santo Ofício, em dezembro de 1926, condenando expressamente o jornal *Action française* — e indiretamente o movimento da *Action française*: cfr., a propósito, o paradigmático livro de Gustavo Corção, *O Século do Nada*, ed. Record, Rio de Janeiro-São Paulo, s.d., *passim*.

<sup>103</sup> Louis Le Fur, *Le but du droit : bien commun, justice, sécurité*, in *Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, p. 3.

<sup>104</sup> ID., *op. cit.*, p. 7.

<sup>105</sup> Confirma-se o acerto dessa noção de Dabin em muitas das conceituações pósteras de segurança jurídica; v.g., “una exigencia *objetiva* de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas y instituciones” (Antonio-Enrique Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*, ed. Ariel, Barcelona, 1991, p. 21); “En términos generales, hay seguridad jurídica cuando el sistema ha sido regularmente establecido en términos iguales para todos, mediante leyes susceptibles de ser conocidas, que sólo se aplican a conductas posteriores —y no previas— a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para hacerlo” (Atilio Anibal Alterini, *La*

dada ao indivíduo de que sua pessoa, seus bens e seus direitos não serão objeto de ataques violentos ou que, se eles vierem a produzir-se, ser-lhe-ão asseguradas, pela sociedade, proteção e reparação”<sup>106</sup>. Depois de registrar que “pour le positivisme et le volontarisme juridiques, le droit positif est du droit par son origine, et non par son but social”<sup>107</sup>, averbou Délos que a segurança importa na existência de um formalismo jurídico, que “protege contra o arbitrário, a imprecisão e o imprevisto”<sup>108</sup>. Estar em segurança, disse o autor, é ter a segurança de que a situação estável não será modificada a não ser por meio de procedimentos societários; procedimento, de conseguinte, regulares —conformes à *regula*— e legítimos —conforme a *lex*<sup>109</sup>. Por seu turno, RADBRUCH disse então, muito graficamente: “O bem comum, a justiça e a segurança exercem um condomínio sobre o direito...”<sup>110</sup>, e Recasens Siches afirmou que “o direito não nasceu como culto puro da justiça, mas para saciar uma sede de segurança”<sup>111</sup>.

---

*Inseguridad Jurídica*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 19); “aquele presupuesto y resultado del orden social, por el que la persona humana, principalmente, dentro de su libertad, y en la convivencia social, se ve garantizada en el ejercicio de sus derechos y deberes de carácter jurídico mediante la determinación de las normas preestablecidas y su cumplimiento, en la delimitación que el bien común marcará al ordenamiento jurídico mismo, en pro de la justicia” (Jesús Lopez Medel, *Introducción al Derecho –Una concepción dinámica del derecho natural*, ed. Fragua, Madrid, 1976, p. 117-118).

<sup>106</sup> Joseph T. Délos, *Le buts du droit : bien commun, sécurité, justice*, in *Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, *op. cit.*, p. 41: “la sécurité est la garantie donnée à l’individu que sa personne, ses biens et ses droits ne seront pas l’objet d’attaques violentes ou que, si celles-ci viennent à se produire, protection et réparation lui seront assurées par la société”.

<sup>107</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 29.

<sup>108</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 41, nota.

<sup>109</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 41-42. Equivalência, por certo, controvertível, a não ser que, como nós sustentamos, se recuse caráter de verdadeira lei à norma injusta.

<sup>110</sup> Radbruch, *op. cit.*, p. 58.

<sup>111</sup> Luis Recasens Siches, *Le but du droit, le bien commun, la justice, la sécurité*, in *Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, ed. Sirey, Paris, 1938, tomo 3, p. 127.

Desde aqueles anos logo anteriores à II Guerra Mundial, passando pelo drama do Tribunal de Nuremberg, em que o direito moderno confessou a perda de sua inocência —suposto a possuísse na origem—, o fato é que já não se deixou de interpelar a questão da *segurança*, a ponto de que seja até um lugar comum profano. Hoje fala-se de seguranças específicas, pessoal, social, cidadã, de emprego, no trabalho, dos dados, do tráfego negocial e do tráfego viário, segurança de orientação, alimentária, informática, médio-ambiental<sup>112</sup>, do uso de tesouras para aparar o bigode e do cinturão de segurança, no tráfico viário... Viu-se acaso com excessivo otimismo o conflito possível entre justiça e segurança<sup>113</sup>, talvez porque se confiasse —num renovo de fideísmo— na força dos consensos internacionais. Pouco tempo bastou para revelar que a trivialização do termo *segurança* indicava antes a persistência de sua falta e de seu anseio do que sua presença em nossos dias: vê-se hoje, muito largamente, a realidade de uma *segurança da insegurança*<sup>114</sup>. Faz alguns anos, boa parte das ameaças à segurança jurídica provinha da prática de Estados que se reconheciam por totalitários —e a essas ameaças, que López de Oñate qualificava de teóricas, ajuntava ele a escola do direito livre<sup>115</sup>. Salvo agora que alguns Estados ainda exibem resíduos de totalitarismo aparatoso, já não se ostentam tão ingênua e abertamente, como outrora, as concepções jurídicas que, a seu tempo, cuidavam de justificar o socialismo marxista e o nacional-socialismo. Todavia, elas ainda se acham, um tanto obscurecidas, aqui e ali —apraz-lhes muito o nome *democracia*—, como também se encontram sinais da herança do direito livre em movimentos de direito alternativo, uso alternativo do direito, livre exame das normativas etc., tudo isso num sincretismo de prática oscilante e de uma superficial articulação teórica, acomodando-se à vaga pós-moderna de *aditividade indistinta*.

---

<sup>112</sup> Cfr., a propósito, Pérez Luño, *op. cit.*, p. 8 *et sqq.*

<sup>113</sup> “*No se da, pues, en rigor, el conflicto trágico entre justicia y seguridad jurídica*” (Werner Goldschmidt, *La Ciencia de la Justicia*, ed. Aguilar, Madrid, 1958, p. 89).

<sup>114</sup> Pérez Luño, *op. cit.*, p. 20 ; a segurança continuava a ser apenas “*una de grandes aspiraciones insatisfechas del género humano*” (p. 13).

<sup>115</sup> López de Oñate, *op. cit.*, p. 108 *et sqq.*

Se o problema da *segurança insegura*, em nossos tempos, responde *ainda diretamente*<sup>116</sup> às ameaças que López de Oñate classificou como *fáticas*<sup>117</sup> —

a) perda de clareza e simplicidade das leis e

b) hipertrofia legislativa—, suporta, pois, novos e acaso mais graves riscos como o sincretismo de articulações ideológicas ou teóricas vagamente libertárias, difusamente democráticas etc.. Entre essas ameaças sincréticas podem alistar-se:

c) o agnosticismo jurídico,

d) o situacionismo jurídico,

e) a crise do princípio da legalidade,

f) a falta de regularidade e de eficácia dos mecanismos de aplicação do direito<sup>118</sup>, com o corolário da demolição da jurisprudência como doutrina firme e o perdimento da segurança de orientação,

g) a omissão estatal em questões jurídicas relevantes, incluso relativas à segurança física dos súditos,

h) a irrazoável redução de certos prazos prescricionais, até mesmo uma tendência de abolir algumas hipóteses de prescrição,

i) a extensão dos elementos normativos do tipo penal e das referências a infrações administrativas,

j) a superação excepcional de limites preclusivos,

k) investidas contra a independência jurídica dos juízes, notários e registradores,

l) ataques à instituição registrária.

A persistente perda da clareza e da simplicidade das leis e a intensificada hipertrofia legislativa, ameaças contra a segurança jurídica já diagnosticadas por López de Oñate, respondem, alguma vez de modo propositado, ao que se designou por *circiterismo normativo*. A ambigüidade dos enunciados regulativos e o excesso no número das leis conduzem a um difícil, complexo, quase impossível *conhecimento das*

---

<sup>116</sup> É que não se ignora a existência de ideologias a justificar uma e outras dessas ameaças antes de tudo, porém, factuais, como as qualificou López de Oñate, porque não alcançam o grau de um paradigma científico.

<sup>117</sup> Id., *op. cit.*, p. 93 *et sqq.*

<sup>118</sup> Cfr., a propósito, Alterini, *op. cit.*, p. 19-20.

*normas*, já não se diz isso só quanto aos profanos<sup>119</sup>, mas até mesmo no concernente aos juristas<sup>120</sup>. O exagero das leis deprecia as normas — é a *crise do princípio da legalidade*<sup>121</sup>; a instabilidade das normas, com o arbitrário de suas mudanças, desvaloriza a firmeza da jurisprudência dos tribunais; tudo contribui a debilitar ou até a abolir a segurança de orientação. Mas ao lado dessa inflação quantitativa e do abuso das mudanças das leis, emergem ainda a falta de eficácia do direito — marcadamente com a relaxação das penas — e a omissão legislativa a propósito de questões de grave relevo para a vida social, nutrindo a insegurança de orientação, o descrédito da lei e o desamor do bem comum. Quando se ouve falar da lei como um *fato normativo para-revolucionário*, suscetível de ignorar direitos adquiridos e alterar, a cada passo, as *regras do jogo* — que está o próprio Estado a jogar — é compreensível que os súditos considerem esse Estado não como sua autoridade superior mas como um *poder adversário* que institui leis sem outro limite que o de sua misteriosa vontade estatal e desordena o bem comum político, muita vez como se ele equivalesse e resumisse ao bem do *caixa público*. Aqui se pode lembrar a imagética de Pierre Gaxotte, inculpada de admirável ânimo libertário, a retratar antologicamente o *Estado pró-totalizador*:

---

<sup>119</sup> “Autre conséquence de l’inflation juridique, le principe ‘nul n’est censé ignorer la loi’ devient de plus en plus fictif” (Nicolas Nitsch, *L’inflation juridique et ses conséquences*, in *Archives de philosophie de droit*, ed. Sirey, Paris, 1982, tomo 27 —“Sources” de droit—, p. 162).

<sup>120</sup> “Le juriste ne sait plus, ne suit plus —ne peut plus suivre— le mouvement d’incrimination en droit pénal” (Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit*, ed. Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 33).

<sup>121</sup> Cfr. Daniel Mockle, *Crise et transformation du modèle légitimiste*, in VV.AA., *L’amour des lois*, direção de Josiane Boulad-Ayoub, Bjarne Melkevik e Pierre Robert, ed. Les Presses de l’Université Laval e L’Harmattan, Québec, 1996, p. 139 *et sqq.*; Michel van de Kerchove, *Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité*, in VV.AA., *La loi dans l’éthique chrétienne*, ed. Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelas, 1981, p. 72 *et sqq.*; Wolfgang Naucke, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, tradução castelhana, in VV.AA., *La insostenible situación del Derecho Penal*, ed. Universidad Pompeu Fabra, Granada, 2000, p. 538 *et sqq.*

“A autoridade” —disse ele— “não nos aparece hoje a não ser sob a figura de um funcionário sentado atrás de uma escrivãinha e investido dos mais amplos direitos... Essa personagem é eterna, imutável, idêntica a si própria... Recenseia, registra, espiona. Conhece nossos rendimentos e inventaria nossas heranças. Sabe se possuímos um aparelho de rádio, um cachorro ou um automóvel. Instrui nossos filhos e fixa o preço do nosso pão. Fabrica nossos fósforos e vende-nos nosso tabaco. É industrial, armador, comerciante, corretor e médico. Tem arquivos, florestas, estradas de ferro, hospitais, bancos e usinas. Monopoliza a caridade. Se nós pertencemos ao sexo masculino, faz-nos comparecer à sua frente, pesa-nos, mede-nos, examina o funcionamento de nosso coração, de nossos pulmões e de nosso baço. Não podemos dar um passo ou fazer um gesto sem que disso se advirta e encontre um pretexto para intervir”<sup>122</sup>.

Sob o título *agnosticismo jurídico* podem agrupar-se diversas tendências jurídicas contemporâneas: uma, que recusa a própria verdade da ordem prática; outra, que nega a possibilidade do conhecimento que importa ao direito, seja de caráter fático, seja de caráter normativo; uma terceira, subjetivista: há verdade na esfera do direito e da ética, verdade que só se valoriza, entretanto, dentro dos limites da apreensão do sujeito gnosiológico<sup>123</sup>. Essas vertentes confortam-se com o lugar comum contemporâneo da falta de limites para a interpretação<sup>124</sup>, de modo que os enunciados normativos e os fatos nunca terminam de interpretar-se: perpetua-se a interpretação, num livre exame contínuo, a roda de Ixióon —“*seule la main de Dieu*”, comenta Éliassalde<sup>125</sup>, “*arrête la plume de l’interprète*”; não se pode atingir nenhuma certificação, sequer moral. Se, contudo, não há verdade, ou a verdade que há não se pode conhecer, ou, cognoscível, não pode ser mais que subjetiva, a segurança é apenas um fato, o fato resultante do poder: não se poderia já falar em segurança jurídica —*i.e.*, regular, conforme ao direito—, mas apenas numa contra-segurança da maior força. No entanto, a poesia de

---

<sup>122</sup> Pierre Gaxotte, *La révolution française*, ed. Complexe, Bruxelas, 1988, p. 5-6.

<sup>123</sup> Cfr. Georges Kalinowski, *Le problème de la vérité en morale et en droit*, ed. Emmanuel Vite, Lyon, 1967, *passim*.

<sup>124</sup> Cfr. Yvan Éliassalde, *Critique de l’interprétation*, ed. Vrin, Paris, 2000, *passim*.

<sup>125</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 24.

ANTONIO MACHADO diz muito bem que “*la verdad es lo que es,/y sigue siendo verdad/aunque se piense al revés*”<sup>126</sup>, e, noutra parte:

“El ojo que ves no es  
ojo porque tú lo veas;  
es ojo porque te ve”<sup>127</sup>.

É verdadeiro o episódio<sup>128</sup> de um juiz que, com todas as letras —e, por sinal, eruditas—, afirmava não ser possível uma apreensão objetiva da verdade, seja quanto à diagnose dos fatos constitutivos, seja quanto ao próprio direito: normativo ou *res justa*. Por mais argumentos lhe fossem opostos —“¿*Tu verdad? No, la Verdad,/y ven conmigo a buscarla./La tuya, guárdatela*”<sup>129</sup>— não acabava nunca de convencer-se de que, com símile subjetivismo, não era razoável ser juiz. Foi preciso que, com alguma impiedade<sup>130</sup>, lhe chegasse aos ouvidos o registro de que seu subjetivismo era um tanto farisaico, porque nosso juiz nunca fora visto a sair das salas por meio das paredes ou a saltar pelas janelas... As portas, enfim, também para ele, eram de uma realidade palpável. Foi leal com a mostra: abdicou do relativismo —desta vez, novamente, com grande erudição.

O *direito de situação* —situacionismo ou decisionismo— é um parente do homônimo ético: em lugar da normativa — ou, ao menos, com a variação *secundária*<sup>131</sup> de sua “interpretação” — emerge um juízo concreto, *hic et nunc*, fundado essencialmente no poder factual de quem decide. Isso corresponde ao que Michel Villey designou *hermeneutismo*<sup>132</sup> — uma releitura incessante, criadora, livre e subjetiva dos

---

<sup>126</sup> Antonio Machado, *Proverbios y Cantares*, 136-30.

<sup>127</sup> ID., 161-1; também: “Los ojos por que suspiras,/sábelo bien,/los ojos en que te miras/son ojos porque te ven” (161-40).

<sup>128</sup> De que, pessoalmente, eu tive pequena parte, num Tribunal de São Paulo.

<sup>129</sup> Antonio Machado, *op. cit.*, 161-85.

<sup>130</sup> *Confiteor Deo omnipotenti* etc.

<sup>131</sup> Vale por dizer, que a “interpretação” *secunda* o juízo casual.

<sup>132</sup> Michel Villey, *Philosophie du droit*, ed. Dalloz, Paris, 1984, tomo 2, p. 170-171.

ÉLISSALDE, todavia, reivindica a primazia do neologismo *herméneutisme* (*op. cit.*, p. 13).

textos e dos fatos<sup>133</sup>. Entre seus lugares comuns arrolam-se *a peculiaridade do caso* — não se confunde isso com a equidade, porque essa referência ao peculiar do caso atua como simples retórica, sem recorrer ao fundamento exceptivo *in re* que autorizaria o reconhecimento da equidade *contra legem* —; *o juiz não é um computador*; *a simbiose entre o aplicador da lei e o caso*; *a insuficiência da dogmática e da lógica*<sup>134</sup>. Já se referiu, noutra parte, a um episódio judiciário<sup>135</sup> característico desse decisionismo: após largo debate num tribunal, definiu-se, por maioria, uma questão puramente de direito; proclamada a súmula, apregoou-se novo processo para julgamento, e um dos juízes, que na questão anterior, aderira expressamente à maioria, modificou seu entendimento — sem mínima apresentação de novos argumentos; alertado sobre a divergência com seu próprio voto anterior, afirmou o juiz, com todas as sílabas: “Meu entendimento é sempre variável. Não tenho compromissos com a lógica”. Símile gênero de irracionalismo judicial está à raiz da realidade de uma *justiça lotérica*, na dicção de Allain Peyreffite<sup>136</sup>, e que já ensejou a BORGES reportar a origem da pena de multa à *loteria da Babilônia*<sup>137</sup>, e a uma personagem de Pitigrilli, o juiz Paul Pott, a afirmação de que o método “*mais racional, mais sério, mais científico, mais positivo*” para a sabedoria —incluída a aplicação da justiça— é a *desfolhação de malmequeres*<sup>138</sup>.

---

<sup>133</sup> Nesse quadro, o poder é o que conta, com um valor quase hierático.

<sup>134</sup> Com que se poderia estar de acordo, se, de par com a insuficiência, não viesse implícita a afirmação da *desnecessidade* da lógica e da dogmática.

<sup>135</sup> Cfr. nosso, “José Frederico Marques — e o *cânon* processual penal brasileiro”, in José Frederico Marques, *Estudos de Direito Processual Penal*, ed. Millennium, Campinas, 2001, p. XX.

<sup>136</sup> Allain Peyreffite, Les chevaux du lac Ladoga, in *De La France*, ed. Omnibus, Paris, 1996, p. 594.

<sup>137</sup> Jorge Luis Borges, La lotería en Babilonia, in *Ficciones* (cfr. *Obras Completas*, ed. Emecé, Buenos Aires, 1974, p. 456 *et sqq.*).

<sup>138</sup> Pitigrilli, *O Homem que Inventou o Amor – O Experimento de Pott*, tradução brasileira de Rúben Ulisséia, ed. Vecchi, Rio de Janeiro, s.d., 5ª ed., p. 206.

No que concerne aos institutos próprios do direito formal —tipo e tipificação, coisa julgada, prescrição, decadência, preclusão, perempção, notas e registros públicos<sup>139</sup>—, encontram-se ameaças *fáticas* pontuais contra a segurança jurídica, p. ex.:

a) com injustificáveis reduções de prazos para a prescrição aquisitiva —o que vai avantajando a titulação de anômalos fatos possessórios em curso conflitual contra as situações jurídico-dominiais—;

b) com a adoção segmentar de casos imprescritíveis — o que, além de retroceder a controvérsia à própria legitimidade em geral das prescrições, termina, muitas vezes, por afetar questões relativamente menores (v.g., casos penal-disciplinares<sup>140</sup>);

c) com a crescente referência legística a elementos normativos, tanto na tipificação penal, quanto na esfera dos ilícitos administrativos<sup>141</sup>;

d) com a desconsideração propositada da preclusão temporal para, na esfera judiciária, admitir, de fato, a *reformatio in melius*, abrandando sentenças penais sem recurso dos réus<sup>142</sup>.

Os registros públicos — ao lado das notas<sup>143</sup> — constituem o mais relevante dos instrumentos jurídicos *preventivos*. Como todo instituto de direito formal, o registro público ordena-se aos objetivos de *clarificação e demarcação exterior*<sup>144</sup>—em outros

---

<sup>139</sup> Deixam-se à parte a lei — já antes referida — e as forças de segurança (polícia, exército etc.).

<sup>140</sup> É o que ocorre, no Brasil, com a Lei 8.935/1994, de 18 de novembro, que versa sobre os notários e registradores públicos. À persecução das ali tratadas infrações disciplinares não corresponde nenhuma referência sobre o influxo de prescrição.

<sup>141</sup> Cfr. nosso, O Novo Direito Penal Disciplinar dos Notários e Registradores, na obra escrita com José Renato Nalini, *Registro de Imóveis e Notas – Responsabilidade Civil e Disciplinar*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, p. 11 *et sqq.*

<sup>142</sup> Paradoxalmente, ao vedar a *reformatio in pejus* indireta, os tribunais adotam uma sentença *já inexistente* como título de uma preclusão de quantidade ou qualidade da pena.

<sup>143</sup> Para cuja importância —a das *notas*— é paradigmático José Castán Tobeñas, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, ed. Reus, Madrid, 1946, *passim*.

<sup>144</sup> Cfr., a propósito, Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, ed. Sirey, Paris, 1951, p. 91.

termos, ao escopo de conferir, objetivamente, segurança jurídica e, subjetivamente, a certeza que lhe corresponda, por meio de formas, prazos e procedimentos. Acrescenta-se aos registros uma *cautelaridade geral* que, num certo sentido, os avantajam socialmente até mesmo à coisa julgada, porque esta se restringe, de comum e propriamente, às partes de um processo e atua como um póstero conflitivo, ao passo que os registros têm, positivamente, oponibilidade universal — à margem os efeitos que se atribuem à presunção ou, se se quiser, à ficção de seu conhecimento<sup>145</sup> — e operam ao tempo e com objetivo anteconflitual. Além disso, o registro de imóveis — que é o registro público por excelência<sup>146</sup> — exercita uma *função de garantia segunda* com coordenar, conservar e publicar as *situações jurídicas* que têm por objeto a *propriedade predial privada*, essa que, por si só, já constitui um garante efetivo e primeiro das liberdades concretas dos indivíduos e dos corpos intermédios entre esses e o Estado. Ainda que o registro imobiliário não se dirija exclusivamente a inscrever fatos jurídicos, *lato sensu*, relativos à propriedade particular de imóveis, abrangendo os desdobramentos do domínio, e, num plano juscomparatístico, possa até estender-se a fatos relativos a direito pessoal<sup>147</sup>, é certo que a relevância *primeira*<sup>148</sup> do registro imobiliário está na coordenação, conservação e publicação das situações jurídicas dominiais.

---

<sup>145</sup> *Brevitatis causa*: Carlos Ferreira de Almeida, *Publicidade e Teoria dos Registos*, ed. Almedina, Coimbra, 1966, p. 251 *et seq.*; José de Oliveira Ascensão, Efeitos substantivos do Registro predial na ordem jurídica portuguesa, in *Ponencias y Comunicaciones Presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1975, tomo 2, p. 38 *et seq.*

<sup>146</sup> “...la publicidad registral por antonomasia es la que atañe a los inmuebles” (Ricardo de Ángel Yágüez, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1975, p. 85).

<sup>147</sup> Como, p.ex., ocorre no Brasil, com a Lei 6.015/1973, de 31-12.

<sup>148</sup> O que não exclui fins *secundários*, assim, p.ex., de carácter *urbanístico* (cfr. Manuel Medina de Lemus, *La propiedad urbana y el aprovechamiento urbanístico*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España – Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1995, *passim*; Mercedes Fuertes, *Urbanismo y Publicidad Registral*, ed. Marcial Pons e Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1995, *passim*; Martín Marcos Jiménez, *Parcelaciones y Reparcelaciones Urbanísticas y el Registro de la Propiedad*, ed. Montecorvo,

Isso tudo põe à mostra o caráter *institucional*<sup>149</sup> do registro de imóveis, de que se exigem o exercício de funções relevantíssimas para a ordenação social e, muito particularmente, o desempenho da missão de *sobregarantia*, ao assegurar juridicamente a propriedade privada imobiliária e, com ela, as liberdades concretas *até mesmo frente ao Estado*. Adivinha-se que motivos ideológicos se insinuem nos ataques teóricos que, vez por outra, guerrilham contra a instituição do registro de imóveis: demolir a sobregarantia registral é uma fórmula direta de desorganizar a propriedade imobiliária privada, aplainando a trilha do combate ao domínio particular. Mas, ao lado de ameaças teóricas — em geral, pouco ou nada consistentes —, o registro imobiliário sofre ataques *factuais*, que o afetam, sobretudo, no plano da independência jurídica do registrador (v.g., por meio um direito penal disciplinar atipológico ou de intervenções do Poder Público marginadas de expressa regulação).

Ladeando aqui a persistente controvérsia doutrinária que toca com a natureza das funções e das atividades do registro imobiliário, penso que se poderá admitir — ao menos com recortes voltados a atender à pluralidade do direito comparatístico — que o registro de imóveis seja, *quodammodo*, um *serviço público*<sup>150</sup>. E se o conceito de *serviço público* não equivale ao de *serviço estatal por natureza* — já observara Hauriou que, *historicamente*, uma parte considerável do que se chama de serviços públicos é resultante do mero fato de uma assunção estatal de serviços que os particulares antes exercitavam por si próprios<sup>151</sup> —, é razoável afirmar a funda *conveniência*, quando não a

---

Madrid, 1976, *passim*) e *agrário* (v. Ramón María Roca Sastre e Luis Roca-Sastre Muncunill, *Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1995, tomo 1, p. 14).

<sup>149</sup> Cfr., *brevitatis studio*: José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, ed. Civitas, Madrid, 1988, tomo 1, p. 54 *et sqq.*; JESÚS LÓPEZ MEDEL, *Modernas Orientaciones sobre la Institución Registral*, ed. Fragua, Madrid, 1975, *passim*; Francisco Mesa Martín, *Aproximación al institucionalismo. El Registro de Propiedad como institución jurídica, in Ponencias y Comunicaciones Presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral*, *op. cit.*, tomo 2, p. 130 *et sqq.*; Ángel Cristóbal Montes, *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral*, ed. Librería General, Zaragoza, 1986, p. 144-147.

<sup>150</sup> Cfr. Jesús López Medel, *Teoría del Registro de la Propiedad como Servicio Público*, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España –Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991, *passim*.

<sup>151</sup> Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, ed. Sirey, Paris, 1916, p. 572 *et sqq.*

*necessidade*, da organização e do controle do registro de imóveis pelo Estado, na medida mesma em que a ordenação e a conservação da propriedade imobiliária privada interessa *essencialmente* ao bem comum político. Isso, porém, não significa que o registro de imóveis deva *exercitar-se diretamente* pelo Estado. Não são incompatíveis os atributos de gestão privada e de organização estatal de um serviço<sup>152</sup>, e saber, concretamente, se o registro imobiliário deve ou não exercitar-se de modo direto pelo Estado é algo que demanda a consideração das circunstâncias históricas e circundantes de cada País: no Brasil, p.ex., há uma conaturalidade histórica, por sinal que frutuosa, entre gestão particular e registro de imóveis<sup>153</sup>. Como quer que seja, exerça-se por funcionários públicos ou por particulares colaboradores do Poder Público<sup>154</sup>, o registro de imóveis exige de seu titular o predicado da *independência jurídica*.

Com efeito, o registrador, ao termo de seu indeclinável procedimento de *qualificação*<sup>155</sup>, conclui por uma decisão jurídica, positiva ou negativa, de um *caso*

---

<sup>152</sup> Cfr., *brevitatis causa*, Roger Bonnard, *Précis de droit public*, ed. Sirey, Paris, 1946, p. 243 *et sqq.*; Jean Rivero, *Direito Administrativo*, tradução portuguesa de Rogério Ehrhardt Soares, ed. Almedina, Coimbra, 1981, p. 192 *et sqq.*; Francis-Paul Bénéoit, *Le droit administratif français*, ed. Dalloz, Paris, 1968, p. 769 *et sqq.*; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 31 *et sqq.*

<sup>153</sup> Lê-se no *caput* do art. 236 da Constituição brasileira de 1988: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”.

<sup>154</sup> Como se extrai do enunciado normativo do art. 236 da Constituição Federal brasileira de 1988, os registradores de imóveis não são *agentes políticos* — porque, em resumo, não se dirigem a formar a superior vontade estatal — não são *servidores públicos* — porque, em síntese, não são pagos pelos cofres públicos; mas, isto sim, *particulares colaboradores do Poder Público*, a exemplo dos tradutores e intérpretes públicos, dos leiloeiros, dos reitores de universidades privadas etc., *pessoas que exercitam função pública em nome próprio, ainda que sob a fiscalização do Poder Público*.

<sup>155</sup> Qualificação registral imobiliária — definiu-se noutra parte — é “o juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição predial, importando no império de seu registro ou de sua irregistro. Para logo, trata-se de um *juízo*, vale dizer, uma operação formalmente intelectual que une ou separa os conceitos, tornados em relação às coisas mesmas que representam de modo reflexivo e abstrativo, mas de um juízo *prudencial*, ou seja:

*particular*. Ainda que o marco dessa decisão seja, por primeiro, a *res certa* — cuja relação com o justo é de caráter legisprudente —, o fato é que o registrador atua como um *juris-prudente*. Vale por dizer que o tipo adequado do saber registral é, em seu gênero, o da *recta ratio agibilium*, objeto da virtude da prudência<sup>156</sup>. Já por isso, avista-se, no nível epistemológico, a indispensabilidade do atributo da independência jurídica<sup>157</sup> do registrador. A esse plano, além disso, converge uma razão *política*, porque o registrador, atuando como guardião jurídico da propriedade privada e, assim, como garante mediato das liberdades concretas do povo — incluso em face do Estado—, exerce *função social* essencialmente ordenada à segurança jurídica. E não se pode falar seriamente em função social da propriedade imobiliária se não se respeitar a função social de seu maior guardião, o registrador de imóveis.

---

a) juízo que é propriamente da razão prática, não da especulativa;

b) que se ordena a operações humanas singulares contingentes;

c) e que, não dispensando atenta consideração dos princípios da *sindérese* e das conclusões da ciência moral, acaba, para além do conselho e do juízo dos meios achados, por imperar uma determinação” (nosso *Sobre a Qualificação no Registro de Imóveis*, in *Revista de Direito Imobiliário*, ed. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Revista dos Tribunais, São Paulo, janeiro-junho de 1992, n. 29, p. 40).

<sup>156</sup> Cfr. nosso *Sobre o Saber Registral (Da Prudência Registral)*, in *Revista de Direito Imobiliário*, ed. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Revista dos Tribunais, São Paulo, janeiro-dezembro de 1993, ns. 31-32, p. 7 *et sqq.*

<sup>157</sup> Cfr. nosso *O Paradigma da Independência Jurídica dos Registradores e dos Notários*, in *Revista de Direito Imobiliário*, ed. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Revista dos Tribunais, São Paulo, setembro-dezembro de 1997, n. 42, p. 5 *et sqq.*