

SEGURANÇA JURÍDICA E FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL: REVISITAÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL E A GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

ROSMAR ANTONNI RODRIGUES CAVALCANTI DE ALENCAR

Juiz Federal em Alagoas.

Doutorando pela PUC/SP

Mestre pela UFBA

Professor de Direito Processual Penal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Segurança jurídica como previsibilidade e a finalidade do processo penal. 3. Segurança jurídica concebida como estabilidade das relações sociais: o processo penal como mecanismo de garantia de direitos sociais. 4. Segurança jurídica, discricionariedade e efeito vinculante: os limites conceituais à persecução penal. 5. Fundamentação das decisões judiciais e óbices ao correto entendimento decorrentes do modo de pensar: contornos protetivos do direito processual penal. 6. Conclusões. 7. Referências.

RESUMO: Este artigo trata, sob uma perspectiva crítica – porém destacando as peculiaridades do direito processual penal e de sua vocação de garantidor de liberdade e de direitos sociais –, a respeito do problema do que se entende por segurança jurídica, revisitando e cotejando seus sentidos de previsibilidade e de estabilidade das relações sociais com a discricionariedade judicial, atentando para aspectos históricos, interpretativos e filosóficos. Desse modo, enfatiza a necessidade de se compreender segurança jurídica como fundamentação judicial adequada, cujo aplicador do direito, situado em um contexto hermenêutico de viés ontológico-fundamental, esforce-se para construir norma jurídica que atenda a singularidade do caso concreto. Não perde de vista, contudo, a necessidade de realçar os limites conceituais impostos pelo direito criminal.

ABSTRACT: The present study deals, on a critical perspective – but highlighting the peculiarities of criminal procedural law and of his vocation as a guarantor of freedom and social rights –, with the so-called legal security, revisiting and comparing the corresponding concepts of predictability and stability in social relations, and judicial discretion, attending to historical, interpretative and philosophical aspects. Thus, it emphasizes the need for understanding legal security as proper judicial basis, whose Law operator, within a hermeneutic context of fundamental-ontological direction, shall make efforts to build a legal norm that responds to the peculiarity of the concrete case. Do not lose sight, however, the need to emphasize the conceptual limits imposed by criminal law.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica – Fundamentação – Decisão judicial – Previsibilidade – Estabilidade – Discricionariedade – Efeito vinculante – Direitos Sociais – Processo penal.

KEYWORDS: Legal security – Basis – Court decision – Predictability – Stability – Discretion – Binding effect – Social rights – Criminal proceedings.

1. INTRODUÇÃO

A relação entre segurança jurídica e fundamentação judicial foi objeto de estudo específico anterior, sob o viés da hermenêutica filosófica, quando, durante pesquisa desenvolvida junto ao Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia

(ALENCAR, 2007, p.52-70), despertou-se o interesse para crítica contra o silogismo dedutivista, realizado com base na subsunção simples. Com o passar dos anos, o tema continuou sendo objeto de debates e, agora, com a necessidade de novos argumentos – sem abandonar a contribuição da nova hermenêutica –, considerando o fito de se reduzir o espaço de contingência que a atividade judicial se depara, especialmente diante das peculiaridades do direito penal e do direito processual penal.

A temática leva em conta aspectos mais delimitados do silogismo como contributo à argumentação da decisão judicial, destacando a importância da definição conceitual e do respeito à forma em matéria criminal. O direito processual penal, encarado sob perspectiva funcional, tem a virtude de não só conferir proteção à liberdade, mas também de oferecer instrumentos capazes de garantir direitos constitucionais, a exemplo dos direitos sociais. Os limites impostos pelo direito criminal são balizas que, ao cabo, tanto impedem que o Estado interfira na liberdade do cidadão sem que obedeça o devido processo legal, como autorizam a movimentação do aparato de persecução penal para proteger bens jurídicos penais que se vinculem àqueles direitos.

De outro lado, é cediço que a questão da segurança jurídica envolve vários aspectos para ser compreendida. Não se trata de assunto que pode ser enfrentado sem que seja haja percepção do que está velado, encoberto pelo discurso. Não se exaure no plano da expressão. Há necessidade de uma melhor compreensão, de fito hermenêutico. O aplicador do direito está inserido num contexto que envolve vários aspectos do discurso jurídico.

Em permeio aos pensamentos sobre o que significa segurança jurídica, são inferidas nuances concernentes à previsibilidade, à legalidade, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada, à discricionariedade judicial, ao efeito vinculante dos precedentes, à fundamentação das decisões judiciais e aos óbices defluentes do modo de pensar. Para um coerente exame das dificuldades que se põem ao desvendamento dessa segurança, impende considerar cada um destes pontos.

Procurando não desviar de um método que tome em consideração a atividade aplicadora do jurista, sob um prisma de um “ser” que interpreta a partir de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia, e buscando não olvidar a contribuição evolutiva das correntes jurídico-filosóficas que antecederam a ontologia fundamental ou que dela são contemporâneas, será esboçada uma tentativa de retirar o véu que está por trás da cotidianidade do que se reputa ser segurança jurídica. Para tanto, não é desnecessário advertir sobre a formação de cunho positivista, legalista, da maioria dos juristas. Isso porque toda vez que a doutrina envereda por um viés crítico, ela deve ter o cuidado para não incidir em problema análogo ao que estar a censurar, com uma simples nova roupagem. Não é fácil de sair dessa aporia. A autocrítica é de ser exercida numa busca de honestidade intelectual.

Dessarte – esposadas as premissas sobre as quais se fundam as proposições deste ensaio, com um tom de não se ter a pretensão de exaurir o assunto –, a análise partirá das variadas faces que podem ser apreendidas da noção de segurança jurídica, sem perder de vista o discurso jurídico descrito na fundamentação das decisões judiciais e os óbices que exurgem do modo de pensar do jurista. Ademais, o texto anotará observações que conferem peculiaridade especial à segurança jurídica aplicada ao direito processual penal e aos direitos sociais por estes protegidos. A finalidade do direito processual penal confere particularidade distinta à interpretação dos enunciados que regem a persecução penal estatal.

2. SEGURANÇA JURÍDICA COMO PREVISIBILIDADE E A FINALIDADE DO PROCESSO PENAL

As reflexões iniciais do presente texto, tendente a explicar segurança jurídica como previsibilidade, tinham o objetivo de chamar atenção para o risco de restringir a compreensão de casos concretos pelo Judiciário (ALENCAR, 2007, p.52-70).

A previsibilidade da segurança jurídica não pode significar diminuição do espectro de compreensão. No entanto, a observação não deve ser entendida como reproche à relevância da previsibilidade em matéria criminal. Os conceitos construídos pela operação normativa tendente à subsunção são indispensáveis à incidência da norma penal e aos limites impostos pelas notas conceituais legais.

Primeira noção que se deve ter para interpretar o direito em matéria criminal é a de definir a finalidade do processo penal. Decerto, duas finalidades podem ser colocadas lado a lado. A principal, finalidade primeira do direito processual penal, é a de proteger a liberdade do indivíduo. Tal ilação pode causar espécie à maioria dos que lidam com a matéria. Porém, ela é logo dissipada se for elucidado que as normas de direito processual penal, seja de seu núcleo constitucional (art. 5º, CF), seja de sua legislação (Código de Processo Penal e demais leis), são encartadas no rol dos direitos fundamentais de primeira geração. Tais normas tem o cunho precípua de proteger o indivíduo contra o arbítrio estatal.

Em outros termos, o direito penal pode ser imposto aos indivíduos que se comportam de acordo com os tipos penais gizados em lei. No entanto, para que a liberdade seja restringida potencial ou efetivamente, necessária a observância dos conceitos legais. De tal maneira, para se prender preventivamente, é de rigor que sejam, por exemplo, atendidos concretamente os requisitos dispostos no art. 312, do Código de Processo Penal (TÁVORA; ALENCAR, 2014, p.52-56). Para se aplicar institutos técnicos de obtenção de elementos de informação para a persecução de criminalidade organizada, deve-se respeitar as exigências disciplinadas na Lei nº 12.850/2013 (ALENCAR, 2014, p.950-955).

A finalidade de atuação do direito penal objetivo pelo processo penal há de ser entendida como secundária, posterior à exigência de se escudar a liberdade do indivíduo.

Com essas ressalvas, tem-se que previsibilidade e legalidade são conceitos imbricados intimamente. A segurança jurídica é vista, dentro de um ângulo positivista, como corolário do princípio da legalidade. A previsão legislativa de todos os fatos possíveis teria o condão de atender à necessidade do direito ser um meio de conferir segurança jurídica às pessoas. Junto com este pensar, está a hermenêutica clássica, que admite “extrair” da lei um sentido unívoco. Criou-se o dogma da legalidade, cujas características e justificativas do tempo de seu advento persistem, quase totalmente originais, inobstante exista um labor interpretativo subjacente.

A postura positivista, que se utiliza da legalidade e da previsibilidade para supedanear o conceito de segurança jurídica, apega-se a uma ordem, a ordem instaurada, legislada com esteio em interesses dos grupos que logram, pelos mais diversos motivos, tê-los sufragado.

Como se depreende, considerar segurança jurídica simplesmente como legalidade, ordem e previsibilidade, sem atinar para o contexto dos fatos, para a singularidade dos casos concretos, para as implicações hermenêuticas e para o problema do ser dos entes, leva a uma espécie de reducionismo insuficiente para perceber quando ela é efetivamente realizada.

Há reducionismo intelectual em estreitar segurança jurídica à legalidade estrita. Tal posição guarda compromisso com o racionalismo cartesiano, que, na esteira de sua metafísica, expôs seu método que, por meio dele, “tinha a certeza de usar em tudo” a sua razão (DESCARTES, 2003, p.23). Observe-se que – conquanto tenha sido de importância fundamental a contribuição de Descartes para o progresso científico, inclusive com a sistematização do direito em nível de abstração – não se pode descurar do evoluir dos acontecimentos a indicar que essa forma de pensar não pode ficar estagnada, como se o jurista ainda estivesse calçado na época de seu surgimento.

Essa concepção parte do pressuposto de que o valor da segurança jurídica é viabilizado por intermédio de método lógico-dedutivo, acreditando equivocadamente ser possível, matematicamente, um perfil de magistrado neutro e imparcial, no sentido de despregado de sua formação histórico-cultural, esquecendo-se, assim, que esta não coincide com a tradição de cada um dos demais juízes e que tais aspetos se refletem no exercício da judicatura.

É verdade que uma parcela de juristas contemporâneos tem desenvolvido labor que se aproxima das questões sociais, afastando-se do puro formalismo-legalista e expondo uma doutrina que pode ser reputada como neopositivista, influenciada por fundamentos axiológicos e procedimentais. Sem embargo, como o critério interpretativo adotado pela corrente neopositivista para justificar a subsunção lógica fica adstrito à hermenêutica clássica – que evoluiu da busca da vontade do legislador para a busca da *voluntas legis* –, não se verifica um método que compreenda o “ser” dos entes, mas a subsistência da metafísica, das fórmulas feitas, com nítida influência kantiana.

É nesse sentido que Streck entende que as evidentes censuras ao positivismo não consideram as formas variadas que revestiram o positivismo no curso da história, acrescido ao fato de que “as teorias da argumentação, elencadas como superadoras da subsunção, não têm conseguido superar o esquema sujeito-objeto”, continuando, “em menor ou maior grau, atreladas ao objetivismo” (2005, p.157).

Deveras, o apego às formas facilitadoras do labor do intérprete, que colocam uma penumbra sobre o pensamento, resiste, subsistindo com uma aparência diferente, um disfarce para evitar que seja suplantado o sistema, no caso, o capitalista. Sempre que se está prestes a perceber a quem serve a aplicação generalizada da lei – sem levar em conta os detalhes que distinguem os casos concretos – procura-se justificar a legislação com outras derivações.

A ambiguidade da linguagem é uma das variáveis que desafiam o dogma da segurança jurídica. A certeza buscada a todo custo pelas correntes que preconizam segurança jurídica como respeito à legalidade formal e como previsibilidade não esconde sua proximidade com o racionalismo cartesiano. Descura-se, como dito em outro lugar, das dificuldades da linguagem quando, por exemplo, o jurista tenta descrever o que vê como um retrato da norma jurídica em sua mente e, a um só tempo, ele percebe que o texto produzido “não lhe confere certeza de que o leitor/destinatário produzirá norma idêntica àquela ou outra completamente diversa”, malgrado com base em um mesmo corpo legislativo (ALENCAR, 2006, p.28).

Pode-se assimilar essa verificação ao que Santos alvitra como “a ambiguidade e a complexidade da situação do tempo presente”, no âmbito do qual a mesma figura é vista de variadas formas, sendo verdadeiras “ambas e nenhuma”, mencionando, pois, “um tempo de

transição, síncrone com muita coisa que está além ou aquém dele, porém descompassado em relação a tudo o que o habita” (2006, p.15).

A cognição tem limites. Daí a insuficiência do legalismo para oferecer a pretensa segurança jurídica. Nessa senda, Silva averba a impossibilidade de ser concebido o mundo como se todas as pessoas enxergassem “as mesmas coisas de maneira idêntica”, haja vista que remanesce uma “‘relativa’ sanidade mental da espécie humana”. Realmente, “só o tirano, pela força, poderá sonhar com um mundo desta espécie” (2005, p.271).

A interpretação vista como uma relação entre sujeito e objeto, se não está totalmente superada, espera-se que caminhe para tanto. A aplicação do direito tende a se aproximar cada vez mais do caso concreto. É uma espécie de mitigação da pureza do sistema do *civil law*. A influência anglo-americana é sentida com mais ênfase, com progressão inexorável. Não há mais lugar para entender interpretação como meramente uma “análise do sentido das palavras”, onde “o intérprete extrairá a norma jurídica do conjunto de signos linguísticos que compõem o enunciado” da lei (ALENCAR, 2006, p.56).

Não obstante a coerência filosófica de juristas que muito contribuem para o desvendamento dos problemas hermenêuticos, como Ivo – que explica que “toda e qualquer norma jurídica só encontra o seu sentido e validade quando interpretada como parte de um complexo maior que é o ordenamento jurídico” (1997, p.33) –, parece que o modo de pensar *in abstracto* não é suficiente para resolver de modo satisfatório as peculiaridades da realidade.

O “mundo do direito” não pode ser estante em relação ao contexto fático, não se resumindo, portanto, a uma incidência mecânica independentemente do elemento humano, entendida, na dicção de Mello, como o “efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico” (1995, p.57).

Há de se atentar que “uma hipótese científica que não pode ser superada contradiz o próprio sentido de ciência, que convive com sua constante refutação” (IVO, 2006, p.XXX). Não há sentido de norma abstratamente imutável. A legalidade é parâmetro que fracassa para dar apoio ao princípio da segurança jurídica. De outra vertente, o afã de tornar o direito uma “ciência”, para lhe outorgar uma suposta exatidão, sob influência cartesiana, ensejou injustiças de toda ordem. É necessário acurar que o método de “tratar o fenômeno jurídico somente sob uma de suas dimensões” – apesar de seus méritos e da pertinente advertência de que não se deve esquecer “de que o corte epistemológico que tal atitude representa não envolve uma exclusão de outros aspectos da juridicidade” (MELLO, 1995, p.18) – não é bastante, diante de outras variáveis que coexistem no momento da decisão.

A ideia de segurança jurídica como respeito absoluto à letra da lei tem um sentido ideológico forte no sentido de ocultar, de algum modo, a intenção de manter *status quo*. Trata-se de resquício que se aproveita do terreno fértil iluminista que sobrevive até hoje e segue deturpando, inclusive, a doutrina e a filosofia que, aos olhos desarmados, pareceriam justificar seus fundamentos.

A propósito, Gabriel Ivo lembra que até mesmo Kelsen, normativista, avivava que a segurança jurídica era uma ilusão sustentada pela doutrina tradicional para justificar a falácia de um único significado jurídico possível, já que “a aplicação devolve ao intérprete a competência para construir o sentido da incidência”. Nesse diapasão, o aplicador do direito

não erra, podendo produzir, no entanto, normas jurídicas inválidas que só poderão ser assim declaradas “conforme as outras normas do sistema estabelecerem” (IVO, 2006, p.54-55).

Analogamente a essa constatação kelseniana, Passos, embora sob enfoque diverso, não dissente quando trata da importância da “certificação fática do suposto normativo”, enfatizando que, no processo, não é prescindível o reconhecimento expresso, pelo juiz, da invalidade para, de tal sorte, viabilizar a produção de efeitos, sublinhando que “por mais requintados que sejam os instrumentos de verificação disponíveis, jamais haverá segurança absoluta” tendente a demonstrar, “com segurança, no operar jurídico, a verdade real, o que realmente aconteceu no mundo da vida”. Daí sustentar o jurista que o aplicador do direito trabalha “com a certeza processualmente verificada e somente com ela pode operar, corresponda ou não àquela verdade real” (PASSOS, 2005, p.26) não destoando, no ponto, Didier Júnior, ao dizer que “o ato processual defeituoso produz efeitos até a decretação da sua invalidade”, não havendo “invalidade processual de pleno direito”, já que “toda invalidade processual precisa ser decretada” (2003, p.233).

Afere-se, portanto, que o uso do legalismo e da pretensa previsibilidade para arrimar segurança jurídica se mostra equivocado, revelando-se, como aduz Azevedo, como uma redução gnoseológica que elabora “um discurso jurídico flagrantemente ideológico, que termina por desembocar no formalismo lógico-jurídico”, não obstante tivesse a pretensão de separar-se “de toda e qualquer ideologia”. Distante dos reais problemas sociais e “imune à crítica”, trata-se de um sistema fechado, com pressupostos tidos aprioristicamente como verdadeiros, para justificar uma falsa segurança jurídica de cariz ideológico (1989, p.21). O direito é um objeto cultural, devendo sua metodologia ser “sensível a desvios necessários à disciplina do pensamento” (BRITO, 1993, p.11).

No direito processual penal, contudo, o princípio do *favor rei* e as regras de legalidade estrita do direito penal dão à segurança jurídica uma especial função em face da necessidade de previsibilidade nessa seara. As classes processuais penais e as notas conceituais em matéria penal são muito caras aos penalistas. Isso porque o direito criminal foi construído pela experiência histórica que evidenciou abusos e erros judiciários. Dessa forma, o acatamento às formas é relevante tanto para proteção de bens jurídicos penais – direitos sociais que se violados possibilitam a deflagração do sistema processual penal –, quanto para que a atuação do direito penal objetivo seja objetivo secundário relativamente à finalidade de proteção da liberdade.

A lógica das classes em matéria processual penal tem importância para delimitar os pressupostos para a incidência de regras penais. Seus conceitos auxiliam na atividade de subsunção dos fatos. A teoria é definidora dos limites dos termos que constituem a estrutura interna dos enunciados normativos, otimizando a percepção da exclusão ou da inclusão de situações fáticas no campo de incidência da norma.

Agregando a teoria das classes com a lógica dos predicados (dos termos), torna-se mais claro o corte jurídico que pode validamente ser feito sobre o fato social, com resultado positivo para a boa compreensão da subsunção que ocorre entre os fatos jurídicos e as normas jurídicas. Nessa senda, os ensinamentos de Moussallem, definindo que classe consiste no campo de aplicabilidade (*field of applicability*), isto é, a extensão de determinado conceito. Não é encontrada na realidade física, sendo, ao revés, construção intelectual. Não se veem classes, elas são criadas linguisticamente (2005, p.41). A hermenêutica em matéria penal atua

nos limites de tais classes, mas tais classes encontram seus limites no texto enunciativo das leis criminais.

3. SEGURANÇA JURÍDICA CONCEBIDA COMO ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES SOCIAIS: O PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS DIREITOS SOCIAIS

O ordenamento jurídico é constituído de uma série de enunciados legislativos que visam conformar o sistema. A estrutura diacrônica do ordenamento, com a disposição das leis em ordem cronológica, evidencia uma contínua criação de disciplina legal que visa conferir proteção a direitos individuais, sejam eles de primeira geração (garantia da liberdade do indivíduo contra o arbítrio do Estado), sejam mesmo de segunda geração (garantia do indivíduo contra fatos antiisonômicos). O direito processual penal e o direito criminal são, nesse âmbito, disciplinas que têm a finalidade secundária de levar a cabo o direito punitivo, com a aplicação de sanções para condutas violadoras de bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico (FERRAREZI, 2013, p.5).

Ao final da atividade interpretativa, o direito criminal funciona como instrumento apto a criar condições de efetividade do direito de liberdade (na medida em que impede que seja desencadeada providência punitiva sem o respeito ao devido processo legal) e do direito de igualdade (em virtude da função de prevenção geral para que as regras relativas aos direitos sociais, tais como igualdade, pleno emprego, saúde, educação e economia sejam aplicadas adequadamente). O sistema jurídico penal e processual penal, desse modo, cumprem relevante função concernente a dar efetividade aos direitos fundamentais mais importantes consoante à enunciação de bens jurídicos valorados positivamente pela Constituição do Brasil.

Feitas essas anotações, vale destacar outros aspectos da problemática que gira em torno da noção de segurança jurídica, com o auxílio de fundamentos semiológicos. Isso porque as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada são institutos que, aparentemente, equivalem à segurança jurídica. Essa forma de ver a segurança no direito está sob a lente da almejada estabilidade das relações jurídicas. A Constituição do Brasil giza que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (artigo 5º, inciso XXXVI). É um enunciado que carece de interpretação/aplicação, sem perder de vista o que define a legislação infraconstitucional, em especial, a Lei de Introdução às Normas Gerais do Direito.

O entendimento a respeito dessas garantias não é uniforme. Existem aplicações fechadas e abertas de suas definições, seja mediante um dogmatismo claro, seja pelo uso de outro dogmatismo, que não difere do primeiro salvo por estar oculto e baseado não numa interpretação fechada, mas por outros dogmas inspirados na forma tópica de pensar que, malgrado pareça atender a uma tendência de “flexibilização”, em verdade, permanece fiel a seu lado metafísico, dissonante da realidade e do cuidado que se deve ter com as pessoas envolvidas, com os personagens do caso concreto.

O apego à exatidão, a busca da certeza que persegue a cultura brasileira, herdada especialmente do iluminismo – e prosseguindo com a influência de Kant –, pode ser desvendada se compreendida como uma forma (neo-)exegética de interpretar. Para tanto, interessa que fique bem vincado o emprego corrente da palavra “relativização”. Certo setor doutrinário diz, *verbi gratia*, que é “flexibilizada” ou “relativizada” a coisa julgada em hipótese que seja verificado o não atendimento da verdade real.

Nesse modo de proceder, a norma jurídica supostamente construída, é deduzida *in abstracto*, sem atenção ao caso concreto, ressalvada a perplexidade da dúvida colocada em face de outro contexto fático. Não se diz que há negação da coisa julgada, mas que esta admite flexibilidade. O artifício de se buscar uma “flexibilidade” da “rigidez” da letra evidencia a sobrevivência da interpretação escolástica “requintada” e a influência cartesiana.

Aliás, cabe registrar que, também ironicamente, “a ‘filosofia da escola’ nunca deixa de estar presente no espírito de Descartes”, embora a tenha censurado e se esforçado para separar-se de seu meio (FATEAUD, 1996, p.VII-VIII). É a dificuldade, advertida acima, de o intérprete pensar diferentemente da sua formação acadêmica.

O recurso a uma suposta “flexibilidade” ou “relatividade” da coisa julgada é utilizado para justificar a formação de uma norma jurídica estranha a esse modo de conceber a interpretação da “vontade da lei” ou da “vontade do legislador”. São artifícios “facilitadores” que propiciam que o intérprete veja os entes enquanto tais, não compreendendo a diferença ontológica dos casos concretos. É uma forma de encurtar o pensar e essa abstração pode causar injustiças se não se partir de uma hermenêutica baseada na ontologia fundamental que aplique o direito a partir de uma posição prévia, de uma visão prévia e de uma concepção prévia, sem olvidar a existência humana como um “ser-no-mundo”, sendo preciso retirar “os véus, a fim de revelar”, até mesmo, “a obviedade do óbvio” (STRECK, 2004, p.846). Deve-se atentar, máxime, para o sentido da tradição. Gadamer, nessa linha, enfatiza que “compreender é estar em relação a um só tempo, com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e com uma tradição de onde a ‘coisa’ pode” (2006, p.67).

A separação entre os *standards* jurídicos (texto de lei, súmulas e dogmas) e os casos concretos através da atividade subsuntiva não é suficiente para resolver os litígios, porque é um método que, se generalizado, “provoca o velamento do sentido possível das demais hipóteses advindas” do processo interpretativo, “que ocorre sempre em um determinado tempo” (STRECK, 2004, p.647). Certo que a subsunção tem sua importância, mas não é só ela bastante para solucionar a complexidade dos problemas humanos, ainda que se utilize da designação de “flexibilidade”, como um modo hermenêutico romântico, na forma de um “historicismo objetivista” que “é ingênuo porque jamais vai até o fim de suas reflexões”, esquecendo o intérprete que há uma historicidade que também é dele (GADAMER, 2006, p.70).

Colocadas essas premissas críticas que se amoldam à visão reducionista consistente em que estabilidade das relações jurídicas através dos institutos da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido resume o que se tem por segurança jurídica, cabe fitar, com Azevedo, o pensamento de que “as soluções jurídicas em geral e as decisões judiciais em particular apenas se justificam na medida em que respondem” às exigências da humanidade, “em certo contexto cultural, em dado momento histórico”, sendo necessário “menos hermetismo linguísticos e artifícios lógicos, e maior preocupação com os interesses pessoais e sociais em questão” (AZEVEDO, 1998, p.128).

A atividade interpretativa é inevitável. E a necessidade de se perceber o ente em seu ser – e não o ente enquanto ente – atinentemente à coisa julgada, que também é um existencial dotado de tradição, visto concretamente, é imperiosa para a aplicação do direito. A coisa julgada deve ser entendida como fenômeno da atividade jurisdicional, lançada no mundo, numa situação hermenêutica, sem torná-la isolada do contexto dos fatos. De igual forma, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito tendentes a estabilizar as relações jurídicas não

podem ficar em patamar diverso dos fatos, alheios às necessidades humanas. Os entes estão lançados no mundo destinados a um fim.

É, portanto, mister ventilar que “a interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições” (HEIDEGGER, 2005, p.207). A coisa julgada, apesar de sua indiscutibilidade que impede nova discussão da mesma relação jurídica, não é suficiente para obstar a interpretação dos casos concretos que surgem no curso da vida, que se sujeitam às mutações dentro de contextos históricos variados e sucessivos. A compreensão dos problemas sociais deve ser motivo de preocupação sempre. A norma jurídica não se exaure na garantia literal do texto, pois sofre modificações a depender da concretude dos fatos e do ser-*ai* (*dasein*) do jurista. Não é possível por um ponto final no pensamento, para se conseguir uma pseudo-segurança no direito.

Desmistificada a aparente identidade da segurança jurídica com os institutos da coisa julgada, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, cabe afirmar que não se revela suficiente – para fazer face aos problemas da pós-modernidade – a interpretação (ideológica e metafísica) tendente a considerar “relativizada” a coisa julgada. Pode-se entender que “havendo simetria entre segurança e justiça na perspectiva lógica da aplicação do direito, o conflito que se procura estabelecer entre ambas” é apenas aparente, sendo “inadmissível a segurança servir de pano de fundo para impedir a impugnação da coisa julgada” (NASCIMENTO, 2005, p.10-11). Todavia, a imposição de uma compreensão ontológica é indispensável – o que põe em relevo a importância da fundamentação judicial que leve em consideração as particularidades da hipótese *sub judice* – para que aquele ponto de vista do jurista não fique tão-somente no plano retórico, que por certo não será distinto daqueles que resumem a segurança jurídica, como instrumento da justiça, em sua suposta “expressão objetiva”: a legalidade (CAMPOS, 2004, p.174).

Sem embargo dessa ilação, a coisa julgada em matéria criminal assume, no sistema jurídico pátrio, uma qualificação toda especial. Isso porque ela não é óbice para que seja movida ação para que seja rescindido julgado que confronte disposições protetivas da liberdade previstas no ordenamento jurídico. Em outros termos, a coisa julgada criminal é sempre rescindível diante de decisões desfavoráveis ao acusado. Pode ser movida revisão criminal – ação rescisória criminal – a todo tempo, desde que satisfeitas as condições estabelecidas em lei.

Por outro lado, a coisa julgada absolutória, *favor rei*, é sempre soberana em matéria penal. Regras mais fechadas incidem nesse âmbito, não porque se deva limitar a hermenêutica para ter melhor compreensão dos temas criminais, mas porque a falibilidade do ser humano e a violência inerente à movimentação do sistema penal impõem limites que devem ser respeitados. Nesse sentido, a segurança jurídica pode encontrar fundamento não na estabilidade vista pura e simplesmente, mas quando cotejada com a necessidade de respaldar princípios processuais penais de lastro internacional, a exemplo do *ne bis in idem*, isto é, na vedação de que alguém responda pelo mesmo fato por mais de uma vez (ALENCAR, 2011, p.539).

4. SEGURANÇA JURÍDICA, DISCRICIONARIEDADE E EFEITO VINCULANTE: OS LIMITES CONCEITUAIS À PERSECUÇÃO PENAL

A legalidade estrita no direito penal e o respeito às formas no direito processual penal são normas jurídicas principiológicas que objetivam limitar a discricionariedade judicial. A

previsibilidade viabilizada por tais dogmas é uma necessidade funcional do sistema jurídico, para conferir segurança jurídica às questões que signifiquem ameaça ao direito de liberdade. Os elementos conceituais dispostos no direito positivo são como anteparos para que haja cerceio válido dos direitos da pessoa acusada.

De outro lado, o efeito vinculante atribuído por decisões judiciais – notadamente pela atividade normativa desenvolvida por súmulas vinculantes – deve ser bem delineado para que não signifique mitigação à compreensão e ao exame de particularidades do caso concreto (ALENCAR, 2009, p.171-175). Daí todo cuidado que deve envolver a incidência de Súmulas Vinculantes, tais como aquela que dispõe sobre o uso de algemas (verbete de nº 11) e a outra que reza sobre o acesso aos autos do inquérito policial pelo advogado do representado (verbete de nº 14).

O exercício normativo referente às entrelinhas do que não foi regulado expressamente (espaços estruturais e epistemológicos colmatados por decisões judiciais) deve ser devidamente fundamentado para que a discricionariedade inerente à atividade judicial seja exercida com prudência, sem resvalar em arbítrio. Certo que o juiz não deve descuidar das novas técnicas de julgamento, que aludem a argumentos repetíveis ou assimiláveis de uma ação a outra. Porém, não devem ser aplicadas sem a cautela de distinguir particularidades não acomodáveis a tais possibilidades de simplificação e agilização de julgamento de processos.

De outra vertente, é de ver que a discricionariedade aparenta ser incompatível com a pretendida segurança jurídica. Seria aquela, *prima facie*, refratária a esta, especialmente com base num prisma cartesiano. Entrementes, o suposto empecilho para a segurança jurídica é decorrência da dificuldade de efetivamente perceber-se que a construção da norma jurídica não dispensa a atividade do intérprete. Não se confunde com o enunciado do texto legal. A interpretação ocorrerá sempre e diante do caso concreto, impondo-se a tomada de consciência que a construção de normas no plano abstrato tende à dogmatização metafísica.

A formação jurídica no Brasil herdou as ideias de certeza – contraposta à dúvida –, de exatidão matemática, de modo que “a tradição do ‘formalismo’ no Poder Judiciário brasileiro” enseja advertências de autores, a exemplo da que aduz que até hoje é observada “uma maneira extremamente formal de argumentação em grandes partes da doutrina e jurisprudência do Brasil”, concentrando-se “quase exclusivamente em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica e não permite a influência de pontos de vista valorativos, ligados à justiça material” (KRELL, 2002, p.71-72).

Como verbera English, “houve um tempo em que tranquilamente deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas”. Seria isso possível através de textos legais rigorosamente elaborados, para “garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais (...). Foi o tempo do iluminismo” (2004, p.206). O magistrado, nesse contexto, é avesso a juízos de discricionariedade, descurando de que mesmo com a legislação posta, “setas indicadoras que apontam o caminho da verdade legal, julgar é difícil”. Sempre haverá espaço para uma conformação interpretativa. O juiz passa a ter um comprometimento de sua “personalidade inteira”, denunciando que sua atividade não é “tarefa manual”, como nota Vilanova (2003, p.355). Contudo, é possível vislumbrar uma segurança jurídica possível se for esta compreendida em seus devidos termos, isto é, mediante interpretação/aplicação do direito cuja decisão seja “tomada considerando os factos e circunstâncias que apenas *in concreto* podem ser descobertos” (ENGLISH, 2004, p.220).

Sob outro prisma, diante da massificação dos litígios, o efeito vinculante dos precedentes judiciais seria uma suposta forma de se obter a tão procurada segurança jurídica. Isso não implica negativa da importância do controle de constitucionalidade para preservação dos valores constitucionais – sem prejuízo da possibilidade de mutação do seu sentido em face do contexto social –, haja vista que a sua vinculação “e de suas normas é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo” (CUNHA JÚNIOR, 2006, p.31). Na verdade, o que não se pode anuir é com a ideia abstrata de se querer automatizar a atividade judicial, com o beneplácito da hierarquia normativa fechada.

Deveras, o efeito vinculante não é o mecanismo adequado para resolver os inúmeros problemas da sociedade complexa. A edição de súmulas vinculantes não pode dar azo ao retorno à escola da exegese, como forma de facilitar (ou dificultar?) o trabalho do julgador ou mesmo de padronizar os julgados. Essa aparente facilidade pode multiplicar demandas ou impugnações sucedâneas da (pseudo-)inadmissibilidade de recurso contra decisão judicial aparentemente conforme a uma Súmula Vinculante. Tudo se agrava em face da herança cartesiana-iluminista de busca pela certeza absoluta, onde são infundáveis os recursos visando uma “verdade” aperfeiçoada, mercê das dúvidas que o processo suscita.

Dessarte, o efeito vinculante pretendido através de sumulas parece estar fadado a ter frustrado o seu objetivo. Sua aplicação generalizada, descurando da singularidade dos casos, pode propiciar, paradoxalmente, insegurança jurídica. Apropriadamente, Streck aviva que, no sistema da *commom law*, a incidência de efeito vinculante é excepcional. Naquele é preciso que o caso concreto tenha verdadeira identidade com o caso paradigma – e tudo de maneira suficientemente fundamentada, porquanto “na *holding* do verbete ou da decisão ou da Súmula, não estarão compreendidas todas as hipóteses singulares” possíveis, advertindo que se cuida de “uma ilusão metafísica”, tratando o direito como se “fosse tão simples” ou como se “fosse uma mera técnica instrumental” (2004, p.655-656).

Sem embargo, correta a advertência formulada por Delgado, quanto à versão originária deste artigo, levando em consideração a necessidade de estabilização de jurisprudência, como critério nitidamente funcional para o desenvolvimento das atividades do Poder Judiciário (DELGADO, 2008, p.4). A segurança jurídica é um valor inerente ao sistema, tanto para assegurar previsibilidade aos julgamentos processuais penais, como para que estes sirvam como escudos de proteção a um leque de direitos sociais. Proteção aos direitos de primeira e de segunda geração. E por que não dizer, também para prevenir lesões aos demais direitos constitucionais.

Tem importância, ademais, registrar a observação de Moreira, verberando que há dificuldade de avaliação das vantagens e desvantagens da instituição da Súmula Vinculante, face à falta de base empírica. Para ele as afirmações categóricas contra ou a favor estarão sujeitas à censura, haja vista que, de um lado, a rapidez que supostamente ganhará o juiz acompanhando as Súmulas Vinculantes não garante que haverá menos recursos nem tampouco que os processos durarão menos tempo. Sobre o que poderá ocorrer com a vinculação do magistrado, o processualista chama a atenção para “a experiência dos Estados Unidos” – tidos como o “*habitat* por excelência dos ‘precedentes vinculantes’” –, que “não confirma por inteiro, ao contrário do que às vezes se supõe” as “otimísticas expectativas”, enfatizando que os jurisdicionados “se recusaram, com frequência digna de nota, a deixar-se inibir pela existência de precedente contrário, supostamente dotado de efeito vinculante”. Do lado da magistratura, a própria “*Supreme Court*, só entre 1946 e 1990 – ou seja, em menos de

meio século –, repudiou (*‘overruled’*) 115 vezes precedentes seus” (MOREIRA, 2005, p.64-65).

Incorre em desvio de perspectiva tanto conceber discricionariedade como incompatível com segurança jurídica – já que esta é de ser alcançada com supedâneo na hermenêutica filosófica e na fundamentação da decisão judicial, valendo acrescer que não é possível razoavelmente suprimir a interpretação –, como assimilar segurança no direito ao efeito vinculante – que propicia mecanização da atividade jurisdicional –, porquanto ambos os enfoques estão assentados em premissas lógico-formais obstativas da compreensão. A lógica formal, todavia, tem relevância fundamental quando impõe a necessidade de considerar os limites conceituais para que se desenvolva a persecução penal estatal como pressuposto indispensável a sua validade.

Por fim, note-se que o mesmo processo penal que faz atuar o direito penal objetivo, servindo à garantia de efetividade de direitos sociais, exige a observância de seus ditames para que não se desague em arbítrio ou em imposição de sanções sem medidas. O silogismo, como a necessidade de se externar os motivos das decisões judiciais, acaba sendo a garantia de segurança jurídica evidenciada com base em elementos empíricos. A construção normativa, com esteio em limites conceituais, tem autêntica função de redução de complexidade do mundo da vida e de permitir melhor compreensão do fenômeno jurídico sem descuidar da necessária racionalidade (ADEODATO, 2007, p.217-272).

5. SEGURANÇA JURÍDICA COMO FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E ÓBICES AO CORRETO ENTENDIMENTO DECORRENTES DO MODO DE PENSAR: CONTORNOS PROTETIVOS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Até o que aqui se disse, buscou-se compatibilizar fundamentos da nova hermenêutica com os princípios clássicos da interpretação. Interpretação pode ser entendida como a operação normativa de reconstruir o sentido enunciativo com outras palavras, documentando, dessa maneira, a norma jurídica incidida pelo intérprete. A pré-compreensão contextual de fenômenos fáticos criminais, dos textos asseguradores de direitos sociais e de direitos de liberdade não é incompatível com a conformação lógica das decisões, se adotados os cuidados atinentes a etapas fundamentadoras de decisões judiciais que explicitem todos os passos que percorreu o magistrado até que se torne concreto o julgado, vertido em linguagem normativa e lastreado, com esteio em critério probatório de veracidade, em base empírica suficiente para o fim almejado.

Com essas cautelas, a segurança jurídica é apta a ter lugar com a ontologia fundamental. Elucida-se, dessa forma, que as concepções ideológicas e metafísicas, com influência kantiana, são insuficientes para conferir segurança no direito. Não se nega que tiveram importância para o avanço nas soluções de problemas jurídicos. Contudo, a busca pela “facilitação”, pelos “atalhos” para se dar respostas automáticas a questões difíceis, acabou frustrando ideais (neo)positivistas e procedimentalistas.

A argumentação é indispensável ao direito. Mas não é só. Sem partir de um ver prévio, de uma posição prévia e de uma concepção prévia na linha da hermenêutica filosófica, para compreender o sentido do ser e com atenção para o problema da consciência histórica, permanecerá velada a singularidade dos casos concretos. A segurança jurídica só é plausível

mediante uma compreensão ontológica esposada em decisão judicial suficientemente fundamentada, isto é, que aprecie as particularidades do litígio.

No ato de aplicar o direito, o juiz sentirá influência de seu psiquismo. Não é o intérprete uma página em branco. “Higidez psíquica e o interesse pela natureza humana” são “requisitos do bom julgador”, relevando que se note que a exigência de uma suposta “neutralidade não significa fugir das pessoas em litígios, mas em se colocar na posição delas” (PRADO, 2003, p.20-21).

A atividade interpretativa não deve ser simplificada, sem o cuidado empático, sem o exercício de sensibilidade. Variáveis de diversas ordens devem ser consideradas para que se construa a norma jurídica aplicável diante da hipótese concreta, com a prolação de decisão judicial fundamentada. Não há aqui, frise-se, identificação com a chamada “Jurisprudência Sentimental” iniciada “pelo ‘bom juiz’ Magnaud”, magistrado francês, que se mostrava “clemente e atencioso para com os fracos e humildes, enérgico e severo com opulentos e poderosos” (MAXIMILIANO, 2006, p.68). Busca-se, em realidade, uma compreensão fundada na ontologia fundamental, com lastro em Heidegger e Gadamer.

Aludindo a uma “falácia da plena segurança e certeza jurídica”, vista como a de um juiz infalível, Prado argumenta ser óbvio que a certeza e a uniformidade “do Direito se debilitam na medida em que as personalidades de todos os juízes não são idênticas, e na medida em que os juízes não têm iguais hábitos” emocionais e mentais. Todavia, lembra que “a uniformidade levaria a consequências muito piores”, já que “implicaria escolher para a judicatura pessoas pouco talentosas, de mente rígida, estereotipada, predispostas a ignorar os matizes individuais de cada caso” (PRADO, 2003, p.18).

Já se disse que não é a padronização, a uniformidade, a estabilidade, a previsibilidade ou a legalidade estrita que irá alcançar a sonhada segurança jurídica. A forma de pensar, aliada à fundamentação adequada da decisão judicial e à formação do jurista é fundamental para sua viabilidade. Não se trata de pensar exatamente como a escola da “Livre Indagação”, de Kantorowics, para quem o magistrado deve “buscar o ideal jurídico, o Direito justo”, “dentro ou fora da lei”, podendo decidir “*proeter* e também *contra legem*”, pressupondo, para tanto, uma “magistratura bem escolhida entre homens de valor intelectual” (MAXIMILIANO, 2006, p.61-62).

A segurança jurídica entendida como fundamentação adequada da decisão judicial é viável porque apta a dirimir os conflitos sociais, a resolver os problemas. Não a realiza simplesmente pondo fim a processos, mecanicamente, por meio de soluções standardizadas. Esse modo de pensar atesta a continuação mascarada da vigência dos métodos e pensamentos que deságuam na hermenêutica ingênua.

Silva, conquanto sob prisma diverso, bem ventila que “não se pode esquecer” que o sistema processual pátrio “conserva-se fiel aos padrões culturais do Iluminismo europeu”, assim como que deve ser recebida com reservas a ideia de que, se comparado “os sistemas europeus do século XIX” com “o processo civil brasileiro”, verifica-se que este “apresenta extraordinária modernização, de que seria testemunha a criação jurisprudencial do direito”. O processualista, continuando, refuta esse “progresso” do processo civil pela criação da jurisprudência e questiona as razões daquele, em face: (1) da “conservação das instituições inalteradas”; (2) da concepção ainda subsistente de uma única vontade da lei pressuposta como invariável de forma a “impedir sua compreensão hermenêutica”; (3) de se considerar

“natural ‘congelar’ essa vontade através de súmulas vinculantes, que perenizam o sentido do texto”; e, (4) da conservação “nos Códigos, na Universidade e nos livros” de uma “jurisdição apenas declaratória”. Em arremate, finaliza: “partindo dessa dura realidade, como legitimar a criação jurisprudencial do direito?” (SILVA, 2005, p.281).

Sem embargo, o pensamento assentado na ontologia fundamental – a postura fenomenológica existencialista – pode se mostra útil à solução adequada dos litígios, levando em conta a singularidade. A motivação das decisões judiciais é indispensável para evidenciar o trabalho interpretativo demonstrador da legitimidade da decisão e de seu controle. O julgamento supedaneado nas peculiaridades do “caso deduzido em juízo”, dentro de um contexto que leve o intérprete a ver os entes em seu ser, inclusive ele próprio, jurista, “mais reforça o princípio da segurança jurídica e, ao invés de retardar o processo”, a adequação da fundamentação ao caso singular, “sem a exacerbação metafísica própria do generalismo”, pode ser apta a prevenir “marchas e contramarchas processuais, o que, a *contrario sensu*, atende ao princípio da celeridade”, previsto hoje expressamente na Carta de 1988, “no ponto que assegura a todos a razoável duração do feito” (ALENCAR, 2006, p.61-62).

Destarte, escorando-se em Gadamer, impende convir que a exigência da hermenêutica pertinente a “pensar a realidade histórica propriamente dita”, advém do que se chama por “princípio da produtividade histórica”. Desse modo, “compreender é operar uma mediação entre o presente e o passado, é desenvolver em si mesmo toda uma série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige” ao intérprete. “A tomada de consciência histórica não é o abandono da eterna tarefa da filosofia” de busca da verdade – e da segurança jurídica –, porém se cuida de um caminho para a compreensão, sem prescindir da linguagem (2006, p.71).

De outra vertente, no que toca aos óbices para entender segurança jurídica como fundamentação judicial em concreto, advindos do modo de pensar – que coloca, inclusive, o crítico que não tem autocritica (e que pretende rechaçar a posição de uma corrente doutrinária) contra si próprio –, pode-se trazer à baila o fato de estar impregnada no Brasil a cultura do pensamento positivista com suas variáveis. Não é fácil pensar diferente quando o “ser”, em sua tradição, formou-se neste solo. Não está ele isolado do contexto, ainda que tenha esta pretensão.

A fundamentação judicial, por sua vez, deve colocar luz na metodologia legal e nas técnicas utilizadas para justificar onde chegou o jurista. Uma fundamentação constitucional há de ser estrutural, ou seja, deve explicitar os contornos protetivos do direito processual penal, valorando suas formas. A quebra das formas só é tolerável se presente a qualidade de conferir mais eficácia para os direitos fundamentais que constituem o núcleo do processo penal constitucional que dão concreção, em síntese apertada, ao princípio do *favor rei*. Tal cânone permeia toda a tessitura normativa do direito criminal, devendo ser sopesado com todas as regras que visam garantir dos demais valores constitucionais atinentes aos direitos sociais, a exemplo da educação, da saúde e da economia. A proteção penal desses bens jurídicos penais existe. Para que seja efetivada, indeclinável é o respeito às formas que delimitam a possibilidade de afetação do bem maior, que é a liberdade, direito de primeira geração.

6. CONCLUSÕES

Ao finalizar este ensaio – agora revisitado com o acréscimo de novas ideias que circundam o direito processual penal e o seu cunho de proteção da liberdade em confronto

com a necessidade de se garantir direitos sociais –, as seguintes conclusões podem ser alinhadas.

- a) Os limites impostos pelo direito criminal são guias que obstam que o Estado restrinja a liberdade do indivíduo sem que haja o acatamento às regras que constituem o devido processo legal, que devem ser respeitados para que haja validade da movimentação do aparato de persecução penal para proteger bens jurídicos penais que se vinculem aos direitos sociais.
- b) A previsibilidade da segurança jurídica não deve equivaler à diminuição da compreensão. Há relevância na noção de previsibilidade em matéria criminal. Os conceitos formados pela operação normativa tendente à subsunção são indispensáveis à incidência da norma penal e aos limites impostos pelas notas conceituais legais.
- c) A questão da segurança jurídica não pode se desligar da hermenêutica. Não é uma noção que pode ser definida de maneira cômoda, para simplificar o trabalho do jurista – na linha de se precaver contra a responsabilidade que poderia defluir da aplicação do direito –, porém, paradoxalmente, necessita de um atuar hermenêutico. Segurança jurídica está atrelada à fundamentação da decisão judicial de acordo com o caso concreto.
- d) A singularidade, a diversidade, o contexto e as diferenças permeiam o caso processual: as partes, o juiz, a lide. Não é legítimo reduzir o problema aos dogmas que tranquilizam o aplicador do direito que se esquivam da responsabilidade de pensar. As construções positivistas tiveram e têm sua importância. Mas não bastam. Sair da abstração, da metafísica, é o escopo da interpretação de cariz fenomenológico existencial.
- e) O direito processual penal e o direito criminal são disciplinas que têm o escopo secundário fazer atuar o direito punitivo, com a aplicação de sanções para condutas violadoras de bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico. Ao final da atividade interpretativa, o direito criminal deve funcionar como instrumento apto a criar condições de efetividade do direito de liberdade e do direito de igualdade (pela função de prevenção geral para garantir direitos sociais).
- f) Segurança jurídica não pode ser acomodada a automatismo. Previsibilidade, legalidade, estabilidade e efeito vinculante não alicerçam o que pretende parte da comunidade jurídica como segurança no direito. Não. A interpretação, o esforço pela compreensão não pode ser obnubilado. Segurança jurídica depende de interpretação contínua. O que é complexo não pode ser tratado por meio de *standards* jurídicos. A interpretação/aplicação do direito não é simplesmente reprodutiva, mas produtiva.
- g) A legalidade estrita e o acatamento às formas no direito processual penal são normas jurídicas principiológicas que têm o cunho de limitar a discricionariedade judicial. A previsibilidade é uma necessidade funcional do sistema jurídico, para dar segurança jurídica às questões que signifiquem risco potencial ao direito de liberdade. Os elementos conceituais dispostos no direito positivo são como trilhos para que haja cerceio válido dos direitos da pessoa acusada.

- h) A norma jurídica não se confunde com o texto, com os enunciados. Sobre isso parece não existir mais controvérsia. A divergência, todavia, continua entre os pensamentos ideológicos e os não-metafísicos. O cerne está no modo de pensar, porquanto, ao jurista de formação positivista, é difícil desvencilhar-se da cultura da qual faz parte.
- i) A segurança jurídica carece de um prumo. O intérprete deve entender cada existencial em sua tradição, inclusive ele mesmo, em seu tempo, considerado em sentido não vulgar, e levando em conta a historicidade. A compreensão expendida na fundamentação das decisões judiciais, em compasso com a singularidade do caso concreto para construir legitimamente a norma jurídica, numa situação hermenêutica, é a via para se aproximar da segurança no direito. Esta, sem interpretação ontológico-fundamental, não passará de uma ilusão metafísica.
- j) A interpretação deve ser concebida como conformação normativa do sentido do enunciado, mediante sua reprodução linguística. Envolve a documentação da norma jurídica contextualizada pelo julgador. A pré-compreensão hermenêutica de fatos penais e das regras que asseguram de direitos sociais e de liberdade não é incompatível com a fundamentação lógica das decisões. Ao revés, tem esta como seu pressuposto indispensável.

7. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: impossibilidade de arguição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- _____. Indiciamento e persecução penal das organizações criminosas: limites conceituais à incidência das normas. *Ensaio sobre jurisdição federal*. Paulo de Barros Carvalho; Robson Maia Lins (orgs.). São Paulo: Noeses, 2014. p.933-975.
- _____. A legitimação do autor da ação popular. *Revista de Processo*, n.132, a.31, fev. 2006. p.52-74.
- _____. Segurança jurídica e fundamentação judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, n.149, p.52-70, 2007.
- _____. *Efeito vinculante e concretização do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- _____. “Causa petendi” e coisa julgada em matéria criminal. In: *Tributo a Afrânio Silva Jardim: escritos e estudos*. Marcelo Lessa Bastos; Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.523-540.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- _____. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. Segurança jurídica: valores e expressões objetivas. *Revista da AJUFE*, ano 22, n. 78, out./dez. 2004. p.167-194.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: Edições JusPODIVM, 2006.

- DELGADO, José Delgado. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/133276935/A-IMPREVISIBILIDADE-DAS-DECISOES-JUDICIARIAS-E-SEUS-REFLEXOS-NA-SEGURANCA-JURIDICA#scribd>>. Acesso em: 01 fev. 2015.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FATEAUD, J. M. Prefácio. In: DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- FERRAREZI, Ellim Fernanda Silva. Direitos fundamentais e processo penal constitucional: Devido processo legal e seus corolários. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13388&revista_caderno=9>. Acesso em: 31 jan 2015.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3. ed. Tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005.
- IVO, Gabriel. *Constituição estadual: competência para elaboração da Constituição do estado-membro*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- _____. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. *Revista Juris Plenum*, n. 4, jul./ago., 2005. p.57-68.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa julgada constitucional. In: *Coisa julgada inconstitucional*. Carlos Valder do Nascimento (org.). 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p.1-29.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millennium Editora, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.265-281.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. p.153-185.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI-IBET, 2003.