

dica e da proteção à confiança devem ser aplicados como critérios normativos quando o legislador influencia numa situação jurídica processual até então admitida, na qual se encontra uma parte.¹³⁹

3. Procedimento de aplicação jurídica

Pelo preceito da certeza jurídica é pedido, antes, um decurso do procedimento de aplicação jurídica, no qual o afetado por uma intervenção no direito à liberdade da pessoa¹⁴⁰ alcance certeza sobre a sua dimensão, em todo o caso, naquele momento em que, segundo a estrutura fundamental do processo escolhida pelo legislador, se admite uma decisão vinculativa.¹⁴¹ O preceito da certeza jurídica - aliás, pede não somente um decurso regulado do procedimento de aplicação jurídica, mas também uma conclusão, cuja estabilidade jurídica está assegurada.¹⁴²

IV. Preceito da Justiça material

Ao Princípio do Estado de Direito também pertence a Justiça material,¹⁴³ que é parte constitutiva essencial daquele¹⁴⁴ e possui caráter constitucional.¹⁴⁵

¹³⁹ BVerfGE 87, 48 (63), com remissão à BVerfGE 63, 343 (358 f.).

¹⁴⁰ Sito no art. 2º, alínea 2, da Lei Fundamental (ver, supra, nota 16).

¹⁴¹ BVerfGE 86, 288 (327). Comparar com BVerfGE 60, 253 (270).

¹⁴² BVerfGE 2, 380 (381 - diretiva n. 6, 403). Comparar com BVerfGE 15, 313 (319), com referência à BVerfGE 13, 261 (271); BVerfGE 19, 150 (166).

¹⁴³ BVerfGE 7, 89 (92); 20, 323 (331); 22, 322 (329), com remissão às BVerfGE 2, 380 (403); 3, 225 (237); BVerfGE 22, 330 (347); 25, 269 (290); 35, 41 (47). Comparar com BVerfGE 21, 378 (388); 42, 64 (83) - voto especial do juiz constitucional Geiger (S. 79 ff.); 52, 131 (154); 37, 57 (65); 59, 104 (115).

¹⁴⁴ BVerfGE 7, 194 (196); 33, 367 (383); 38, 105 (115); 44, 353 (374); 49, 148 (164), com referência às BVerfGE 2, 380 (403); 3, 225 (237 f.); 27, 167 (173); 41, 323 (326); BVerfGE 70, 297 (308); 74, 129 (152), com remissão às BVerfGE 63, 215 (223); 65, 196 (215).

¹⁴⁵ BVerfGE 7, 194 (196); 19, 150 (166); 29, 413 (432).

1. Preceito da certeza jurídica e preceito da Justiça: relação teórica e relação prática

Frequentemente o preceito da certeza jurídica situa-se em conflito com a exigência de Justiça material.¹⁴⁶ É, em primeiro lugar, tarefa do legislador¹⁴⁷ avaliar o peso que lhes cabe no caso a ser regulado e decidir a qual dos dois preceitos deve ser dada a prioridade.¹⁴⁸ Se isso ocorre sem arbitrariedade, então a decisão legislativa não pode ser objetada por razões constitucionais.¹⁴⁹

A relação conceitual entre a certeza jurídica e a Justiça foi compreendida de formas diversas.¹⁵⁰ O Tribunal Constitucional Federal filiou-se cedo à concepção de G. Radbruch:

"O conflito entre a Justiça e a certeza jurídica poderia ser resolvido no sentido que o direito positivo, assegurado por meio de estatuto e poder, também tenha a primazia quando é injusto e impróprio quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a Justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, como "direito incorreto", tenha de ceder à Justiça."¹⁵¹

¹⁴⁶ BVerfGE 3, 225 (237); 15, 313 (319), com referência às BVerfGE 7, 89 (92); 7, 194 (196); BVerfGE 22, 322 (329); 25, 269 (290); 35, 41 (47).

¹⁴⁷ BVerfGE 3, 225 (237); 22, 322 (329); 25, 269 (290); 35, 41 (47). Comparar com BVerfGE 15, 313 (319); 35, 41 (56) - voto especial do juiz constitucional v. Schlabrendorff (S. 51 ff.).

¹⁴⁸ BVerfGE 15, 313 (319). Comparar com BVerfGE 3, 225 (237); 22, 322 (329); 25, 269 (290); 35, 41 (47). O legislador não atua de forma arbitrária se concede a primazia à certeza jurídica (BVerfGE 19, 150 (166), com remissão às BVerfGE 7, 194 (196); 11, 263 (265); BVerfGE 29, 413 (432)), mesmo porque o preceito da certeza jurídica e o preceito da Justiça material não podem sempre ser considerados de maneira uniforme pelo legislador (BVerfGE 3, 225 (237); 7, 89 (92 f.); 25, 269 (290)).

¹⁴⁹ BVerfGE 35, 41 (47); 3, 225 (237 f.); 15, 313 (319 f.); 25, 269 (290 f.).

¹⁵⁰ Ver BVerfGE 35, 41 (53 f.) - voto especial do juiz constitucional v. Schlabrendorff (S. 51 ff.), que indica a bibliografia respectiva.

¹⁵¹ Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Wolf, E u. Schneider, H.-P. *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Stuttgart, 1973, S. 345 - aspas no original. O Tribunal Constitucional Federal menciona essa passagem expressamente (BVerfGE 3, 225 (232 f.)), com base na 4ª ed., de 1950. Esse artigo foi publicado, pela primeira vez, na *SJZ*, 1946, S. 105 ff. Atualmente ele encontra-se, in: *Gesamtausgabe-Gustav Radbruch*. Hrsg. von A. Kaufmann, Bd. 3, *Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1990, S. 83 ff.

Por isso, o Tribunal Constitucional Federal sempre acentuou que a certeza jurídica e a Justiça podem estar em conflito,¹⁵² limitando-se a examinar a decisão legislativa sob o aspecto da arbitrariedade.¹⁵³

No tocante à prática, a solução, dada pelo Tribunal Constitucional Federal, do conflito entre a certeza jurídica e a Justiça material, por meio da avaliação confrontadora de ambos, corresponde à antiga ideia aristotélica da compensação: a Justiça distributiva deve procurar medir mérito, produção e dignidade.¹⁵⁴ Essa compreensão da Justiça permite, exatamente no caso concreto, uma aplicação jurídica individuante.¹⁵⁵

2. Preceito da Justiça no Processo Penal

Na medida em que contém a ideia da Justiça, o Princípio do Estado de Direito também pede a continuidade de uma jurisdição a termo que funcione, sem a qual não se pode contribuir ao sucesso fundamental da Justiça.¹⁵⁶

De forma reiterada, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a necessidade imperiosa de uma persecução penal eficaz,¹⁵⁷ acentuou o interesse público na investigação, a mais completa possível, da verdade no pro-

¹⁵² Ver BVerfGE 3, 225 (237); 15, 313 (319), com referência às BVerfGE 7, 89 (92); 7, 194 (196); BVerfGE 22, 322 (329); 25, 269 (290); 35, 41 (47).

¹⁵³ Ver BVerfGE 35, 41 (47); 3, 225 (237 f.); 15, 313 (319 f.); 25, 269 (290 f.).

¹⁵⁴ Ver BVerfGE 35, 41 (56) - voto especial do juiz constitucional v. Schlabrendorff (S. 51 ff.). Ele apenas menciona a Nikomachische Ethik, 1130b-1134b. Para uma leitura desse ponto indica-se: Aristoteles Nikomachische Ethik, übersetzt und kommentiert von Franz Dirlmeier, 8. Aufl., in: Flashar, H. (Hrsg.) *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, Bd. 6, Nikomachische Ethik, Akademie-Verlag, Berlin, 1983, RdNr. 1130b-1134b, S. 99-111.

¹⁵⁵ BVerfGE 35, 41 (56) - voto especial do juiz constitucional v. Schlabrendorff (S. 51 ff.). Esse voto encerra, em parte, um conteúdo crítico a respeito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal pertinente à questão analisada. Porém devido à numerosa literatura e artigos legais infraconstitucionais mencionados não me é possível, nos limites deste trabalho, considerá-lo, também, sob esse ângulo.

¹⁵⁶ BVerfGE 33, 367 (383); 34, 238 (249); 36, 174 (186); 38, 105 (115 f.); 39, 156 (163); 41, 246 (250); 44, 353 (374); 45, 272 (294); 46, 214 (222); 51, 324 (343); 77, 65 (76). Ver também BVerfGE 70, 297 (308); 80, 367 (375, 378).

¹⁵⁷ BVerfGE 77, 65 (76), com referência às BVerfGE 19, 342 (347); 20, 45 (49); 20, 144 (147); BVerfGE 33, 367 (383), com remissão às mesmas decisões da decisão anterior; 34, 238 (248), com remissão às mesmas decisões da primeira decisão mencionada.

cesso penal¹⁵⁸ - para a condenação de delinquentes e para a descriminação de inocentes¹⁵⁹ - e, ainda, caracterizou o esclarecimento de graves delitos como encargo essencial de uma coletividade estatal-jurídica.¹⁶⁰

O Estado de Direito somente pode ser realizado se está assegurado que delinquentes, nos limites das leis vigentes, serão sentenciados e que uma pena justa lhes será atribuída. O Princípio do Estado de Direito, a obrigação do Estado de proteger a segurança de seus cidadãos, a sua confiança na aptidão funcional das instituições estatais e o tratamento isonômico de todos os inculcados no procedimento criminal exigem, essencialmente, a efetivação do direito de punibilidade estatal. A obrigação constitucional do Estado de garantir uma jurisdição funcionalmente apta abrange, em conformidade com isso, regularmente também a obrigação de assegurar a instauração e a execução do processo penal.¹⁶¹

V. Preceito da precisão legal

No Princípio do Estado de Direito o preceito da precisão da lei é parte consolidada.¹⁶² A ele estão conjugados os preceitos estatal-

¹⁵⁸ BVerfGE 77, 65 (76); 32, 373 (381); 33, 367 (383); 34, 238 (248). A incumbência estatal-jurídica da investigação, a mais ampla possível, da verdade no processo penal (alusão à BVerfGE 77, 65 (76)) relaciona-se não somente com a elucidação do acontecimento exterior do ato, mas abarca, em decorrência da garantia constitucional do preceito da culpa (menção à BVerfGE 57, 250 (275)), também todos os indícios, que são significativos para a apreciação da culpa jurídico-penal e para a graduação da pena (BVerfGE 80, 367 (378)).

¹⁵⁹ BVerfGE 34, 238 (248).

¹⁶⁰ BVerfGE 77, 65 (76); 29, 183 (194); 33, 367 (383); 34, 238 (248 f.).

Ver, para o conjunto das notas 156-160, também BVerfGE 36, 174 (186); 38, 105 (116); 38, 312 (321); 44, 353 (374); 80, 367 (375). O preceito estatal-jurídico de efetuar, por meio do esclarecimento, o mais amplo possível, de todas as circunstâncias importantes, a base para uma sentença justa, está no interesse público e não se acha, fundamentalmente, à disposição do suspeito. Também na medida em que pesquisas devam produzir exclusivamente discriminantes - seja em seu favor, seja em favor de terceiros - ele não pode impedi-las nem renunciar a elas de forma eficaz (BVerfGE 80, 367 (378)).

¹⁶¹ BVerfGE 51, 324 (343 f.). Comparar com BVerfGE 46, 214 (222 f.); 49, 24 (54).

¹⁶² BVerfGE 47, 239 (247); 78, 205 (212); 78, 374 (388). Ver também BVerfGE 21, 209 (215); 21, 245 (261); 26, I (10), com remissão à BVerfGE 21, I (3); BVerfGE 35, 348 (359); 42, 263 (287); 49, 168 (181); 59, 104 (114); 79, 106 (120); 86, 288 (311); 14, 245 (251); 48, 48 (56); 49, 89 (137); 75, 329 (342); 84, 133 (149).