

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
JOANA ALCÂNTARA CASTELO

ABORDAGENS CRÍTICAS SOBRE A SÚMULA
VINCULANTE NA SEARA PENAL

FORTALEZA – CEARÁ

2007

Joana Alcântara Castelo

341.205
C348a
S414
T592

ABORDAGENS CRÍTICAS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE NA SEARA PENAL

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Social de Estudos Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará em convênio com a Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Ms. Bruno Queiroz Oliveira

Fortaleza - Ceará

2007



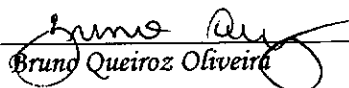
COMISSÃO JULGADORA

JULGAMENTO

A Comissão Julgadora, Instituída de acordo com os artigos 24 a 25 do Regulamento dos Cursos de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Ceará / UECE aprovada pela Resolução e Portarias a seguir mencionadas do Centro de Estudos Sociais Aplicados - CESA/UECE, após análise e discussão da Monografia Submetida, resolve considerá-la **SATISFATÓRIA** para todos os efeitos legais:

Aluno (a): Joana Alcântara Castelo
Monografia: Abordagens Críticas sobre a Súmula Vinculante na Seara Penal
Curso: Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal
Resolução: 2516/2002 - CEPE, 27 de dezembro de 2002
Portaria: 22/2007
Data de Defesa: 01/06/2007

Fortaleza (Ce), 01 de junho de 2007.



Orientador/Presidente/Mestre



Membro/Mestre



Membro/ Mestre

Membro/ Mestre

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me deu esta oportunidade.

Meus pais que me apoiaram em toda a minha vida.

Meu filho e ao meu marido que me deram forças para estar aqui.

“A lei é inteligência, e sua função natural é impor o procedimento correto e proibir a má ação”

Cícero

“Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições de rendição”.

José Rogério Cruz e Tucci

RESUMO

O Poder Judiciário brasileiro vem passando por uma crise institucional generalizada. Os Fóruns Estaduais e Federais encontram-se assoberbados de processos, deste modo, a Justiça não vem cumprindo o seu papel fundamental, que é prestar, de modo eficaz, a garantia de seu acesso ao povo e a solução de seus litígios. Por causa disso, foi aprovada no Congresso Nacional a Emenda Constitucional 45/04 que propiciou a Reforma do Poder Judiciário, visando a solução de parte desses problemas. Dentre as matérias tratadas por esta reforma inclui-se a adoção da súmula com efeito vinculante. A adoção deste tipo de súmula requer um estudo aprofundado sobre a matéria, pois muda drasticamente o panorama nacional. O presente trabalho tenta de uma maneira crítica refletir sobre tal mudança e relacioná-la com a seara penal, dando ênfase ao princípio da reserva legal. O problema principal deste trabalho reside em buscar o equilíbrio, entre a ânsia de melhorar os trâmites judiciais, e os cuidados a serem tomados para evitar injustiças no campo penal.

ABSTRACT

The Brazilian Judiciary Power comes passing for a generalized institucional crisis. The Fóruns State and Federal meets assoberbados of processes, in this way, Justice does not come fulfilling its paper, that are to give, in efficient way, the guarantee of its access to the people and the solution of its litigations basic. Because of this, it was approves in the National Congress Constitutional Emendation 45/04 that it propitiated the Reformation of the Judiciary Power, aiming at the solution of part of these problems. Amongst the substances treated for this reform it is included adoption of the abridgement with binding effect. The adoption of this type of abridgement drastically requires a study deepened on the substance, therefore dumb the national panorama. The present work tries in a critical way to reflect on such change and to relate it with seara criminal, giving emphasis at the outset of the legal reserve. The main problem of this work inhabits in searching the balance, the anxiety enters to improve the proceedings judicial, and the cares to be taken to prevent injustices in the criminal field.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Modelo garantista do direito penal.....	35
----------	---	----

SUMÁRIO

LISTA DE FIGURAS.....	08
INTRODUÇÃO.....	11
1. SÚMULAS.....	14
1.1. Histórico.....	14
1.2. Fundamentos.....	16
1.3. Stare decises e súmula vinculante.....	18
2. A SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	20
2.1. O acesso à justiça e a reforma do poder judiciário.....	20
2.1.1. A evolução do conceito de acesso à justiça.....	20
2.1.2. A reforma do Poder Judiciário e a adoção da súmula com efeito vinculante.....	22
2.2. A súmula vinculante e os princípios constitucionais.....	25
2.2.1. Princípios , conceito e função.....	25
2.2.2. Súmula vinculante e o Princípio da Celeridade Processual.....	26
2.2.3. Súmula vinculante e o Princípio do Devido Processo Legal.....	28
2.2.4. Súmula vinculante e o Princípio da Isonomia.....	30
2.2.5. Súmula vinculante e o Princípio da Legalidade.....	32
2.2.5.1. Súmula vinculante e o Princípio da Reserva Legal.....	33
2.2.5.2. Súmula vinculante e o Princípio da Anterioridade Penal.....	36
2.3. A regulamentação da súmula vinculante pela lei 11.417/06.....	36

2.4. A criação da primeira súmula com efeito vinculante no campo penal.....	40
3. ABORDAGENS CRÍTICAS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE NA SEARA PENAL.....	42
3.1. Súmula vinculante: uma forma de interpretação ou integração do direito.....	42
3.1.1. Formas de interpretação da lei penal.....	42
3.1.2. Interpretação analógica/ Interpretação extensiva.....	43
3.2. Súmula vinculante e sua aplicação no campo penal.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário Nacional vem passando por uma crise institucional generalizada, devido à ineficiência e a morosidade do sistema. Diante disto, é que foi aprovada pelo Congresso Nacional a emenda constitucional nº 45 que integrou a Reforma do Poder Judiciário. Merece destaque a emenda feita ao artigo 103 da Constituição Federal, a qual incluiu o artigo 103-A ao corpo constitucional, que prevê a criação do efeito vinculante às súmulas do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, esta mudança afeta significativamente o ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que subordina as decisões jurisdicionais de primeiro e segundo graus às súmulas, com efeito, vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta modificação afeta diretamente o princípio da reserva legal, consagrado no artigo 1º do Código Penal brasileiro, o qual dispõe que não haverá crime sem lei anterior que o defina e nem haverá pena sem prévia cominação legal.

Assim, pretendemos demonstrar através deste estudo, algumas implicações que a adoção da súmula, com efeito, vinculante pode trazer no campo do Direito Penal.

Baseados nestes fatos e em outros que porventura venham a surgir durante esta pesquisa, procuraremos responder as seguintes questões: O que vem a ser a súmula, com efeito, vinculante? A súmula vinculante afeta o princípio da reserva legal? Quais suas implicações no campo do Direito Penal?

A justificativa para este trabalho é que a adoção da súmula com força vinculante necessita de um debate aprofundado, pois, trata-se de uma medida que pode vir a causar conseqüências avassaladoras no Poder Judiciário. Para os advogados, estas mudanças são vistas com bons olhos, mas para a maioria dos operadores do direito é radical por demais.

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar os efeitos da súmula. Analisar os efeitos da súmula vinculante e sua repercussão no princípio da reserva legal.

Seus objetivos específicos são: Identificar o que vem a ser a súmula, com efeito, vinculante; Verificar se existe congruência entre a súmula, com efeito, vinculante e o princípio da reserva legal; Verificar a compatibilidade da súmula vinculante com a será penal.

Com relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de pesquisa bibliográfica. No que tange a metodologia da pesquisa, esta será descritiva, descrevendo fatos, sua natureza, características, causas e relações com outros fatos e exploratória, definindo objetivos e buscando maiores informações sobre o tema em questão.

O Capítulo 1, Súmulas, traz uma abordagem histórica, buscando diferenciar a súmula sem efeito vinculante da súmula com efeito vinculante, percorrendo seus objetivos e fundamentações. Além de mostrar um estudo comparado entre institutos semelhantes já utilizados em outros países.

O Capítulo 2, A súmula vinculante no direito brasileiro, discorre sobre o acesso à justiça e a reforma do Poder Judiciário, para podermos enquadrá-la no contexto nacional. É feito também um estudo relacionando a súmula vinculante com

os princípios constitucionais referentes à matéria, é abordada a lei 11.417/06 e atualidades sobre o assunto.

No Capítulo 3, Abordagens críticas sobre a súmula vinculante na seara penal, é feita uma reflexão sobre a situação nacional e a necessidade da súmula vinculante, passando por suas implicações no campo penal.

Assim, o presente trabalho irá abordar questões relativas à adoção da súmula com efeito vinculante, fazendo com que se chegue a um maior entendimento a respeito do tema.

1 SÚMULAS

1.1 Histórico

As súmulas estão previstas no Código de Processo Civil no artigo 479, caput e parágrafo único que dispõem, in verbis:

O julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente da uniformização de jurisprudência.

Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

Apesar de previstas pela primeira vez na nossa legislação em 1973, no citado artigo acima, o Supremo Tribunal Federal já as havia adotado desde 1964. Justificando da seguinte forma:

O STF tem por predominante e firme a jurisprudência aqui resumida, embora nem sempre tenha sido unânime a decisão nos precedentes relacionados na Súmula. Não está, porém, excluída a possibilidade de alteração do entendimento da maioria, nem pretenderia o tribunal, com a reforma do Regimento, abdicar da prerrogativa de modificar sua própria jurisprudência. Ficou, assim, explícito que qualquer dos ministros, por ocasião do julgamento, poderá "propor ao tribunal a revisão do enunciado constante da Súmula". Quando se tratar de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, pelo voto da maioria absoluta do tribunal, a reabertura do debate deverá contar, pelo menos, com o apoio de três ministros. (RISTF, art. 87, § 6º).¹

Entretanto, a discussão acerca da criação de um mecanismo capaz de ser o sustentáculo do processo de uniformização de jurisprudência em nosso ordenamento jurídico, vem desde o Projeto de Constituição apresentado pelo Instituto

¹ Cfe. Tucci apud STRECK. Lenio Luiz. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995, p.118.

dos Advogados Brasileiros em 1946. O texto de Haroldo Valadão² constava, acerca do recurso extraordinário, o seguinte:

Quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva de lei federal entre dois tribunais, ou entre um deles e o STF. Neste caso, o recurso poderá também ser interposto pelo Ministério Público e, uma vez fixada pelo STF a interpretação da lei, pela forma e nos mesmos termos determinados no regimento interno, dela será tomado assento que os tribunais e juizes deverão observar. (grifos nossos)

Esta idéia não foi acolhida pela Constituição Federal de 1946 e nem pelo STF como queria Valadão, o qual desejava dar efeito vinculante às decisões da Suprema Corte aos demais tribunais da República. O STF acabou aprovando, por emendas ao seu Regimento em 1963, sendo editadas as 370 primeiras ementas em 1964. Logo depois, em 1970, as normas regimentais foram simplificadas e resumiram-se no Regimento Interno de 15 de Outubro de 1980, dentre as quais podemos destacar a que serviu de parâmetro ao artigo 102 do Regimento: "A jurisprudência assentada pelo Tribunal será compendiada na "Súmula do Supremo Tribunal Federal". Posteriormente, a Lei Federal n.º 5.010 de 30 de Maio, de 1966, em seu artigo 63, autorizou o Tribunal Federal de Recursos a emitir súmulas também, in verbis:

O Tribunal Federal de Recursos organizará, para orientação da Justiça Federal de primeira instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência, aprovadas pelo seu Plenário, fazendo-as publicar, regularmente, no Diário da Justiça da União e nos Boletins da Justiça Federal das Seções.

No Tribunal Superior do Trabalho as súmulas foram criadas pela proposta dos Ministros Raymundo de Souza Moura, Tostes Malta e Lima Teixeira, sendo incorporadas pelo Regimento Interno do TST e publicadas no Diário da Justiça da União em 18 de Dezembro de 1979. O texto repete que as teses sobre as quais haja jurisprudência uniforme no Tribunal Pleno serão consubstanciadas em súmulas, para os efeitos dos artigos 894,b e 896, da Consolidação das Leis do Trabalho.

² VALADÃO, Haroldo. Apud STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia poder e função. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 118.

A respeito dos demais Tribunais Federais e dos Estados, as súmulas surgiram apenas depois da edição do Código de Processo Civil no ano de 1973.

1.2 Fundamentos

As súmulas previstas no artigo 479 do Código de Processo Civil, de observância obrigatória pelos tribunais, não são nada além do entendimento acerca da aplicação do direito pelos tribunais aplicável à questões semelhantes, ou seja, quando a jurisprudência é uniformizada, o tribunal apresenta o seu posicionamento em face de um determinado conflito, passando a ser indicado como uma direção para o julgamento das causas que versarem sobre o mesmo tema jurídico. Reiteradas decisões no mesmo sentido levam os tribunais a compendiar a matéria uniformizada, incluindo-a em sua súmula de jurisprudência.

O artigo 479 do Código de Processo Civil reproduz exatamente o artigo 483, do projeto do Código de Processo Civil, contra o qual não prevaleceram as emendas apresentadas pelo Congresso Nacional.

O anteprojeto do Código de Processo Civil dispunha em seus artigos, in verbis:

Artigo 518: A decisão tomada pelo voto da maioria absoluta dos membros efetivos que integram o tribunal será obrigatória, enquanto não modificada por outro acórdão proferido nos termos do artigo antecedente.

Artigo 519: O presidente do Tribunal, em obediência ao que ficou decidido, baixará um assento. Quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicado, o assento terá força de Lei.(grifos nossos)

Esses dispositivos foram baseados nos antigos "assentos" do Direito português, com força vinculativa, a exemplo das outras tentativas já feitas por Haroldo Valadão, durante o processo constituinte de 1946.

A comissão revisora do projeto do Código de Processo Civil decidiu pela supressão destes dispositivos, onde o Senador Accioly Filho justificou a retirada deles da seguinte forma:

As súmulas não se compadecem com o nosso sistema escrito de Direito positivo. Num ordenamento preponderantemente consuetudinário, é natural que certas orientações jurisprudenciais se cristalizem em enunciados estáveis, como são os cases do Direito americano. Mas as leis escritas já carecem de flexibilidade bastante, de modo que procurar ainda mais endurecer a sua interpretação, mediante proposições que dificilmente possam ser afastadas, significa abrir mão do pouco que nos deixa o sistema para modelação do Direito positivo às circunstâncias de cada caso concreto", acrescentou ainda, o senador: "a súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é ainda uma experiência de resultados até agora não comprovados. Esperemos a lição do tempo, e não nos arrisquemos em tentativas generalizadas em todo o território nacional, antes que se conheçam os rumos a que será levada à experiência do Supremo Tribunal Federal". 3 (grifos nossos)

Depois de reiteradas discussões sobre a adoção da súmula com força vinculativa, a tese da corrente defensora do pensamento acerca da criação de tais súmulas feria o texto constitucional, foi vencedora, pois a autorização dada aos tribunais para editá-las seria exercer função peculiar ao Congresso Nacional e às Assembléias Legislativas. Sendo abandonada à solução dos assentos com força de Lei, e adotada uma nova concepção baseada na Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que já existia desde 1964.

Por conseguinte, o Código de Processo Civil que entrou em vigor em 1973 decidiu por não dar aos assentos o caráter obrigatório, pois entendeu-se evidente a sua inconstitucionalidade.

Logo, pode-se concluir que, a idéia de adoção da súmula com força vinculativa no Brasil não é de hoje, sendo mais antiga do que muitos pensam.

³ ACCIOLY FILHO apud STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro**: eficácia, poder e função. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995, p.123.

1.3 “Stare Decises” e Súmula Vinculante

A espécie mais comum de súmula positivada em nosso ordenamento jurídico sem força vinculante expressa a interpretação da maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e da maioria qualificada de todos os demais tribunais da União, que podem, por força dos respectivos regimentos internos, emitilas, sempre que enfrentarem incidentes de uniformização de jurisprudência.

A súmula, portanto, trata de matéria de direito e não de fato, ficando o juiz a quo obrigado a conhecer toda a matéria fática do processo, não ficando isento do seu trabalho de cognição e, só aplicará a súmula, se realmente o sub exame se adequar ao disposto no enunciado desta.

O “stare decisis”⁴, há muito tempo é utilizado pelos países adeptos do sistema “Common Law”, tais como: Estados Unidos e Grã - Bretanha. Nesses países, a decisão judicial assume a função não só de solucionar um litígio, mas também a de estabelecer um precedente, com força vinculante, de modo a assegurar que, no futuro, um caso semelhante venha a ser decidido da mesma forma.

A doutrina do “stare decisis” assume papel fundamental nos países que adotam o “Common Law”, devido a natureza jurisprudencial desse direito. O precedente jurisprudencial funciona para dar estabilidade e segurança ao sistema e garantir igualdade de tratamento a quem busca a Justiça. É, portanto o mecanismo garantidor da coerência e da continuidade do sistema.

Porém, a força vinculante do “stare decises” não é absoluta e nem poderia, caso contrário engessaria o direito, impedindo a sua evolução. Com efeito, o

⁴ O “stare decises” é uma abreviação da expressão “stare decises et non quieta movere”, que significa ficar com o que foi decidido e não mover o que está em repouso. Este é aplicado nos países integrantes do “Common Law”.

precedente só terá força vinculante se houver identidade com base nos fatos ou nas questões de direito argüidas, sob pena de servir apenas de elemento persuasivo. O efeito obrigatório dele não abrange o inteiro teor do julgado, além disso, o precedente poderá ser sempre revisto se ficar demonstrada a sua incoerência com a realidade, ou seja, desde que haja novas e persuasivas razões para se adotar outra decisão.

A diferença básica entre a súmula vinculante e o “stare decises” é que no “Common Law”, o precedente judicial sempre teve força preponderante na aplicação do direito, sendo por isso fundamental na doutrina do stare decisis, para se ter asseguradas a estabilidade, a coerência e a continuidade do sistema, decorrendo a força obrigatória deste precedente do funcionamento do sistema. Já nos países adeptos ao Civil Law, sendo caso do Brasil, esse papel preponderante é assumido pela lei, ela se configura como ponto de partida para a compreensão do direito. A jurisprudência tem uma função apenas subsidiária na aplicação do direito, auxiliando na interpretação da lei ou em casos de lacuna, o seu efeito é tido como meramente persuasivo. Somente a lei tem caráter vinculante para o aplicador do direito nos sistemas de “Civil Law”.

Dessa forma, a adoção de uma súmula dotada de efeito vinculante acarretaria, em tese, uma aproximação definitiva entre ambos os institutos: a súmula vinculante e o “stare decises”.

2 A SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O acesso à Justiça e a reforma do Poder Judiciário

2.1.1 A evolução do conceito de acesso à Justiça

A expressão “acesso à Justiça” é difícil de ser definida, mas determina duas finalidades primordiais do sistema jurídico – o sistema pelo qual os cidadãos podem reivindicar seus direitos e resolverem seus litígios sob os cuidados do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Será que no Brasil isto vem ocorrendo? Será que o chamado acesso à Justiça vem sendo privilégio de uma minoria ou direito de todos os cidadãos? Estas são perguntas amplamente debatidas por economistas, sociólogos, cientistas políticos, psicólogos e estudiosos do direito em nosso país.

O conceito de acesso à Justiça vem sofrendo transformações, correspondentes às mudanças absorvidas pelo estudo e ensinamento do processo civil. Nos séculos dezoito e dezenove, onde o Estado Liberal burguês era atuante, os procedimentos adotados para solução dos conflitos civis transpareciam a filosofia essencialmente individualista dos direitos. O direito ao acesso à Justiça se reduzia a tão somente ao direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. Baseava-se na teoria de que os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção, pois esses direitos eram considerados anteriores ao Estado, permanecendo-se passivo.

Este aparente desinteresse do Estado em relação à resolução dos litígios dava-se pelo simples fato do distanciamento da pobreza dos meios legais não ter se tornado um tormento para o Estado, pois a Justiça, como os outros valores da época, só podia ser obtida por aqueles que pudessem arcar com suas despesas. O acesso formal, mas não efetivo à Justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.

Até mesmo recentemente, com algumas exceções, as preocupações dos estudiosos do direito se restringiam meramente de exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar normas de procedimento à base de sua validade histórica, e de sua operacionalidade em situações hipotéticas, logo as reformas não atendiam às necessidades reais.

A evolução das sociedades liberais trouxe uma nova concepção ao conceito de direitos humanos. Assim, cada vez mais o caráter coletivo se sobrepuja ao individual, às sociedades modernas deixaram para trás a visão individualista dos direitos e passaram a reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

O direito ao acesso à Justiça foi sendo progressivamente reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, começando a ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário garantidor do direito de todos e não mais de um só cidadão.

Esta importância foi evidenciada também no processo civil, devendo os juristas reconhecerem que as técnicas processuais servem a funções sociais, possuindo efeitos importantes sobre a forma como opera a lei substantiva. Sendo uma das tarefas básicas dos processualistas modernos, a exposição do impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios, utilizando métodos de análise sociológicos, políticos, psicológicos, econômicos, dentre outros.

O acesso à Justiça possui vários obstáculos a serem ultrapassados. Tais como: Custas judiciais oneram a pretensão a ser alcançada; Possibilidade das partes, devido às desigualdades existentes entre as pessoas, seja financeiramente ou intelectualmente; Interesses difusos, devido a pouca conscientização do consumidor de buscar os seus direitos; Tempo, tomando-se um inimigo fortíssimo, pois aumenta os custos, gerando insatisfação e desilusão aos cidadãos por a Justiça não cumprir suas funções dentro de um prazo razoável.

2.1.2 A Reforma do Poder Judiciário e a adoção da súmula com efeito vinculante

O Poder Judiciário Nacional está disciplinado no artigo 92 da Constituição Federal de 1988, este é uma organização capaz de exprimir a vontade do Estado e de realizar as atividades necessárias à consecução de seus fins. Trata-se de um conjunto ordenado de pessoas que combinam seus esforços e outros tipos de recursos para a realização da função jurisdicional do Estado.

Porém, este vem passando por uma crise institucional generalizada, devido à ineficiência e a morosidade do sistema, pois o fator tempo é essencial para a efetividade da tutela judicial Estatal. O grande número de recursos protela a duração do processo, por conseguinte atrasa a pretensão da parte interessada, ocasionando uma série de inconvenientes, inclusive para o Estado, que cada vez mais absorve trabalho sem possuir um quadro de servidores capazes de solucionarem este problema.

Esta demora processual afronta o bem-estar social, provocando danos econômicos, favorecendo a insolvência e a especulação, acentuando a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo longo demais se transforma num instrumento de ameaça e pressão, uma arma muito poderosa nas mãos dos mais fortes para ditar ao oponente as condições das suas pretensões.

O bom processo é aquele capaz de trazer a Justiça eficaz no tempo certo e atender as necessidades do maior número de pessoas possível. O tempo, portanto, pode ser o maior aliado. Porém, no Brasil, o tempo vem sendo o maior inimigo da Justiça, capaz de aniquilar com a possibilidade do mesmo trazer uma tutela eficaz.

Diante disto, foi aprovada a Emenda Constitucional 45 de 2004 integrante da Reforma do Poder Judiciário. Dentre os pontos da reforma Judiciária, merece destaque a proposta de emenda constitucional que criou efeito vinculante às súmulas dos tribunais superiores.

A nova redação ao artigo 103 da Constituição Federal, passou a vigorar da seguinte forma:

Art. 103 - A: O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores poderão, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, sujeitos à sua jurisdição e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º: A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º: Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º: Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Tribunal que a houver editado, o qual julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

A adoção da súmula com força vinculativa no nosso país é um assunto que está longe de ser pacífico entre nossos juristas, para uns, como os ministros

Evandro Lins e Silva e Celso de Mello⁵, este instituto não seria capaz de solucionar o problema da Justiça, pelo contrário, agravaria o problema na medida em que comprometeria as garantias constitucionais do devido processo legal, da tripartição dos poderes, do contraditório, do juiz natural, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, além de afetar o acesso à Justiça, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle judicial e resultaria no engessamento da jurisprudência, acabando com a mente criativa dos magistrados.

Outros como, o ministro Sálvio Figueiredo (STJ), ministro Francisco Fausto (TST) e o professor Hugo de Brito Machado⁶, defendem que a adoção da súmula com efeito vinculante amenizaria a crise do Poder Judiciário, na medida em que esta diminuiria a morosidade da Justiça, dando uma maior presteza e agilidade processual, dinamizando a Justiça e dando uma maior rapidez na solução dos litígios.

Mister se faz, um debate aprofundado acerca das conseqüências positivas e negativas que a adoção ou não da súmula com efeito vinculante poderá causar no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção à seara penal e processual penal.

⁵ COSTA, Adriano Campos. Súmula Vinculante uma boa proposta. **Revista independente do Ministério Público**, Fortaleza, CE, ano I, nº 3, p.9-18, Outubro 1999, p. 14.

⁶ Ibidem

2.2 A súmula vinculante e os Princípios Constitucionais

2.2.1 Princípios, conceito e função

De acordo com as palavras de José Afonso da Silva, “Princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas”.⁷

Já no dizer de Gomes Canotilho e Vital Moreira os “princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais” logo, “constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas”.⁸

Assim, princípios são as fundações de um ordenamento jurídico, onde dão sustentação e apoio às normas para que elas ali permaneçam regulamentando a sociedade.

Os estudiosos do direito enumeram três funções desempenhadas pelos princípios:

- Função fundamentadora: os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo;
- Função orientadora da interpretação: se as leis são fundamentadas nos princípios, logo devem ser interpretadas de acordo com eles, pois são eles que dão sentido às normas;

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.96.

⁸ GOMES, Canotilho apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.ed., São Paulo : Malheiros, 2000, p.98.

- Função de fonte subsidiária: nos casos de lacunas da lei, os princípios atuam como elemento integrador do direito.

2.2.2 Súmula vinculante e o princípio da celeridade processual

O princípio da celeridade ou economia processual está previsto no artigo 5, LXXVIII, da Carta Magna e visa garantir uma prestação jurisdicional rápida e barata onde se tenta obter o máximo de resultado com o mínimo de emprego de atividade processual. Este princípio caracteriza-se por ter a função de evitar o desperdício da atividade processual mediante o uso racional dos instrumentos e formas processuais.

Este princípio, apesar de ter sido inserido pela reforma do Poder Judiciário, ainda não coaduna com a nossa realidade, pois se verifica no Brasil uma Justiça lenta, cara e que atrapalha a pretensão da parte interessada, os efeitos desse atraso, especialmente considerando os índices inflacionais, podem ser devastadores. A demora aumenta os custos para as partes e pressiona os menos favorecidos economicamente a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles aos quais teriam direito. Isto acontece muito na Justiça do Trabalho, onde empregados e empregadores sabendo da demora da execução trabalhista, preferem entrar em acordo, ao invés de esperar por sua pretensão. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece, no artigo 6.º, § 1.º que a Justiça que não cumpre suas funções num período razoável é, para a grande parte da população, uma Justiça inacessível.

A implantação dos Juizados Especiais insere-se na necessidade de permitir o acesso à Justiça a amplas camadas da população que não a procuravam, não simplesmente por serem pobres ou hipossuficientes, mas, porque eram

extremamente burocráticos os caminhos abertos pela legislação processual tradicional. Provocando o desânimo a quem dela necessitava para a solução de litígio, cujo conteúdo, em termos econômicos, era menor, embora a importância fundamental de que se revestiam para essas pessoas.

A criação destes Juizados foi uma tentativa de aplicação do princípio da celeridade processual, pois com o implemento deles, várias causas que tramitavam na Justiça Comum Estadual e Federal foram remetidas à estes Juizados, diminuindo em tese o número de processos na Justiça Comum, mas até os Juizados Especiais encontram-se assoberbados de processos, não sendo possível obter uma tutela jurisdicional rápida e eficiente devido a este acúmulo processual.

A fundamentação da necessidade de implantação da súmula com efeito vinculante no nosso ordenamento jurídico, seria visando uma maior rapidez processual, pois através dela poderíamos já em primeiro grau ter uma decisão que definitivamente atendesse ou não a pretensão das partes, diminuindo assim portanto, o grande número de recursos interpostos aos tribunais superiores.

Desta maneira, a Justiça tornar-se-ia mais rápida, pois diminuiriam o número de processos. Usando-se uma lógica matemática, o número de ações em curso na Justiça é inversamente proporcional ao tempo gasto para resolver tais demandas, logo podemos concluir que, se a adoção da súmula vinculante diminuir o número de processos tramitando na Justiça, logo aumentará a quantidade de tempo para resolver os conflitos judiciais, desafogando, portanto, a Justiça.

2.2.3 Súmula vinculante e o princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal encontra-se positivado no artigo 5.º, LIV da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Sua origem remonta aos reinados de Henry I (1.100 a 1.135) e Henry II (1.154 a 1.189), culminando com a assinatura da Magna Carta pelo Rei João sem terra (1.199 a 1.216), chegando a confundir-se com o próprio “Common Law”⁹. Seu conceito evoluiu como modo de contenção do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar do membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, alcançou os departamentos subalternos do governo.

Este princípio possui duas dimensões, a substantiva e a processual. Durante muito tempo o direito americano reconhecia apenas o devido processo legal processual, até mesmo por influência do Common Law, que por sua vez foi inspirado na Magna Carta. Esta dimensão refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se apenas se o procedimento empregado está de acordo com a lei, ou regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato, ou seja, refere-se a um conjunto de procedimentos a ser aplicado sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica. Já a dimensão substantiva do devido processo legal refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, isto é, se a sua essência está de acordo com o devido processo, como norma constitucional garantidora das liberdades civis. Envolvendo assim, aspectos mais amplos da liberdade, como o direito à privacidade, por exemplo.

⁹ Para melhores esclarecimentos ver capítulo I, item 1.3.

Assim, a Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, como fez a Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantindo a todo homem acusado de um ato delituoso o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido privada de acordo com a lei assegurando ainda todas as garantias necessárias à sua defesa.

São exemplos da aplicação deste princípio: o direito à defesa técnica, a publicidade do processo, a citação, a produção ampla de provas, de ser processado e julgado por juiz competente, aos recursos, à imutabilidade da decisão, à revisão criminal, dentre outros.

O devido processo legal possui como corolários a ampla defesa e o contraditório devendo ser assegurados aos litigantes em processo judicial ou em procedimentos administrativos, é o que garante o artigo 5.º, LV da Constituição Federal de 1988.

Entende-se por ampla defesa a garantia dada ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. O contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa. A ampla defesa e o contraditório garantem a paridade entre as partes, evitando o desequilíbrio processual.

Percebe-se como sendo, a incorporação da súmula vinculante não prejudicial a esse princípio, pois até o juiz verificar a aplicabilidade da súmula ao caso concreto serão resguardados as garantia da ampla defesa e do contraditório. Antes da prolação da sentença existirá a defesa do réu, a produção de prova, o juízo competente, a citação e a publicidade, dentre outras garantias.

2.2.4 Súmula vinculante e o princípio da isonomia

A isonomia esta disposta no artigo 5.º, caput da Constituição Federal de 1988, abrindo o capítulo dos direitos individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Este é confirmado em outras normas sobre a igualdade, buscando diminuir as diferenças existentes em nossa sociedade pela outorga de direitos sociais substanciais.

O princípio da isonomia ou igualdade, como é mais comumente conhecido, consubstancia uma limitação ao legislador a toda coletividade, que, sendo violada, importa na inconstitucionalidade de lei. Por outro lado, constitui numa regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei entendimento que não crie distinções entre os cidadãos. Este princípio está diretamente ligado ao da democracia existente em nosso Estado.

A isonomia jurisdicional deve ser entendida sob dois prismas: como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça e da sociedade.

Porém, não é esta a nossa realidade, pois o Brasil é um dos países que mais possuem desigualdades sociais, onde as pessoas mais humildes não possuem o chamado acesso à justiça e nem condições financeiras para arcarem com bons advogados e o patrocínio gratuito destes por parte do Estado, revelou-se numa grande deficiência. Logo, a igualdade que deve começar na garantia do acesso à justiça, não é garantia de todos no nosso país. A realização da igualdade perante a justiça, assim, exige a busca do equilíbrio de condições e tratamento dado às partes.

Os estudiosos que apóiam a Reforma do Poder Judiciário e a criação da súmula vinculante costumam invocar a importância da estabilidade jurisprudencial e o princípio da igualdade, dizendo constituir paradoxo o fato de, sob a égide de um mesmo ordenamento jurídico e em circunstâncias idênticas, existirem várias decisões a respeito de determinada matéria de forma diversa.

Nesse sentido, é sabido que a maior parte das ações em tramitação na Justiça Federal, embora diversas as partes e seus patronos contêm a mesma lide jurídica. São casos em que a tese jurídica é substancialmente a mesma, embora seja multiplicada pelos muitos sujeitos aos quais ela diz respeito. Constituem exemplos às devoluções de empréstimo compulsório, ações visando à correção monetária para efeito de reajuste de proventos de aposentadoria ou saldos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou de cadernetas de poupança, discussões sobre a legalidade de impostos, entre inúmeras outras. Nesses feitos, desde a inicial até o último acórdão, nada será acrescentado ao entendimento que se cristalizou a respeito da matéria e acaba se tornando uma reprodução de peças padronizadas.

Dessa forma, um dos principais motivos evocados para justificar a adoção da súmula vinculante é o de evitar a proliferação de decisões diversas sobre matérias idênticas já decididas pelos tribunais superiores.

Entende-se, portanto, que de certo modo, a adoção da súmula vinculante poderia tentar amenizar as desigualdades existentes no âmbito judicial, através do combate a possíveis arbitrariedades no decorrer do processo, pois em se tratando de casos idênticos, a aplicação da súmula deve ser obrigatória, não dando, portanto, margens a decisões diferentes.

Entretanto, viu-se que, o direito ao acesso à Justiça deve ser reconhecido como de importância capital entre os novos direitos individuais sendo encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que vise à

garantia do direito de todos e não mais de um só cidadão. Deste modo, a adoção da súmula vinculante poderia ser uma grande aliada em busca de uma Justiça mais igualitária e célere, garantindo o acesso à justiça a todos os cidadãos brasileiros.

2.2.5 Súmula vinculante e o princípio da legalidade

O princípio da Legalidade é essencial ao Estado Democrático de Direito. Sujeita-se ao domínio da lei, mas da lei que realize o princípio da isonomia e da justiça. Toda a sua atividade fica sujeita à lei, entendida como vontade geral do povo, que só se materializa num regime de separação de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, obedecendo ao processo legislativo estabelecido na Constituição. Assim, devemos entender a assertiva de que o Estado ou o Poder Público, não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, senão em virtude de lei.

Este princípio visa combater o poder arbitrário do Estado, estando consagrado no artigo 5.º, inciso II da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. A palavra lei que o artigo faz referência, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, ou seja, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na nossa Carta Magna, nos artigos 59 a 69. Podendo ainda, no nosso ordenamento jurídico, ser estendida a lei delegada (artigo 68) e as medidas provisórias, convertidas em lei (artigo 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos. Só a lei cria direitos e impõe obrigações.

2.2.5.1 Súmula vinculante e o princípio da reserva legal

O princípio da reserva legal, também corolário do Estado Democrático de Direito, é uma garantia constitucional dos direitos do homem, estando este regendo toda a legislação penal desde 1824.

Esculpido no artigo 1º do Código Penal Brasileiro, estatui que: "Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Consagra a garantia fundamental da liberdade civil, que consiste em fazer somente o que a lei não proíbe, em outras palavras, fazer o que a lei permite e não tudo aquilo que se quer fazer. Deste modo, somente a lei pode tornar condutas em fatos típicos, não se estendendo às medidas provisórias, aos costumes e à analogia.

Suas raízes históricas remontam à Magna Carta ao rei João Sem Terra, em 1215, porém, o dispositivo que tratava do assunto não representava garantia de direito substantivo, mas apenas processual. Mais tarde, fruto do direito natural e das idéias iluministas, surge o princípio de direito moderno, pelo qual tentava acabar com a insegurança do direito e a propotência dos julgadores na administração da justiça criminal. Baseado nas idéias de Montesquieu sobre a separação dos poderes, com importância a que estabelecia que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções. Em outras palavras, o juiz deve obedecer à letra da lei, assim, ao estabelecer as relações entre a liberdade e o vínculo de dever imposto ao cidadão pela sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres através da lei e enquanto a lei não é editada subsiste a liberdade natural.

É de grande valia ao nosso estudo, avaliar a influência do garantismo penal em nosso ordenamento, tendo em vista que ele se resume na perfeita aplicação do princípio da reserva legal.

Tal modelo normativo consiste na obediência à estrita legalidade, voltado a minimizar a violência e maximizar a liberdade, impondo limites à atuação punitiva do Estado, garantindo direitos, privilégios e isenções que a Constituição de um país confere aos cidadãos. Segundo este modelo, o Estado deverá obedecer a dez axiomas, divididos em três grupos, assim distribuídos:

1. Garantias relativas à pena:

- *"Nulla poena sine crimine"*: só há pena com a prática de um fato criminoso;
- *"Nullum crimine sine lege"*: não crime sem lei, devendo esta ser anterior, escrita, estrita e certa, assim, não há costume incriminador;
- *"Nulla ex poena lis sine necessitate"*: não há lei sem a necessidade dela.

2. Garantias relativas ao delito:

- *"Nulla necessitas sine injuria"*: não há crime sem relevante ou concreta lesão ao bem jurídico tutelado;
- *"Nulla injuria sine actione"*: não é considerado crime o pensamento ou a forma de viver da pessoa, só existe crime se houver ação;
- *"Nulla actio sine culpa"*: não há conduta sem culpa.

3. Garantias relativas ao processo:

- *"Nulla culpa sine iudicio"*: o reconhecimento da culpa é feito por órgão judicial obedecido o devido processo legal;
- *"Nullum iudicio sine accusatione"*: o juiz não pode produzir prova de ofício, a não ser de forma subsidiária;
- *"Nulla accusation sine probatione"*: quem alega deve provar;
- *"Nulla probation sine defensione"*: princípio do contraditório.

Conclui-se, portanto que, pelo modelo garantista, deve existir o máximo de bem-estar social para o não delinqüente e o mínimo de mal-estar para o delinqüente, sempre obedecendo ao princípio da Legalidade. Conforme destacado na Figura 1 abaixo:

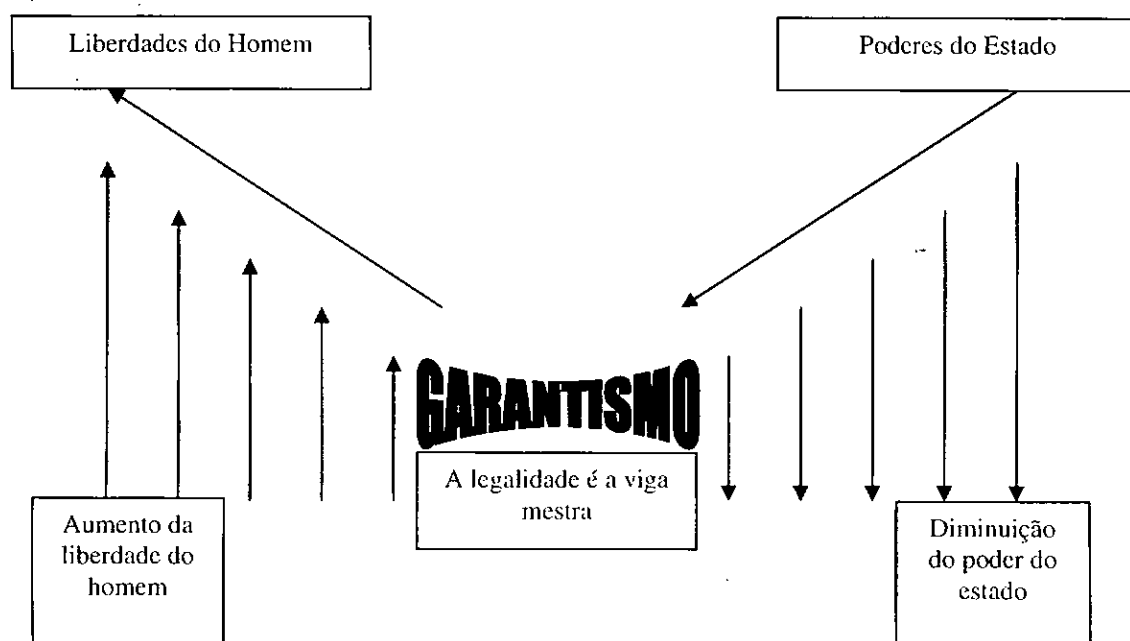


FIGURA 1 - Modelo garantista do direito penal

FONTE - Adaptado pela autora

Quando se confronta o princípio da reserva legal à súmula com efeito vinculante, percebe-se uma grande contradição, tendo em vista como foi exposto no Capítulo 1, a súmula vinculante é um instituto análogo ao "stare decises", instrumento de países que adotam o "common law". Nos países adeptos a este sistema, o precedente judicial atua como fonte de direito, logo, o princípio da reserva legal nestes países não vigora em sua plenitude, o que acaba por gerar certa insegurança, especialmente no que tange à cominação das penas.

Deste modo, tentar-se-á responder ao longo deste trabalho de pesquisa a seguinte pergunta:

“Como congrega a súmula vinculante com o princípio da reserva legal?”

2.2.5.2 Súmula vinculante e o princípio da anterioridade penal

O princípio da anterioridade da lei penal é mais uma faceta do princípio da Legalidade que se desdobra nele e no princípio da Reserva Legal já estudado acima.

Consiste na obrigação prévia de existência de lei penal incriminadora para que alguém possa ser por um fato condenado, exigindo, também, prévia cominação de sanção para que alguém possa sofrê-la.

Tal princípio é a garantia de que o princípio da legalidade terá um mínimo de eficácia. Não teria sentido estipular a regra de que não há crime sem lei, se esta lei não for editada anteriormente à prática da conduta. A criação de leis penais incriminadoras que pudessem retroagir para envolver fatos ocorridos antes de seu advento esvaziaria por completo a garantia constitucional da legalidade penal.

Deste modo, é fácil perceber que a súmula vinculante não pode definir fatos típicos nem tão pouco pode definir penas.

2.3 A regulamentação da súmula vinculante pela Lei 11.417/06

Como foi visto anteriormente, a súmula vinculante representa o entendimento pacífico sobre determinada matéria que foi levada ao Supremo Tribunal Federal por inúmeras vezes. Foi criada com a Emenda Constitucional 45 de Dezembro de 2004, com o intuito de contribuir com a redução do número de recursos no STF e, ainda, conferir maior celeridade ao processo, garantia que também foi incorporada ao corpo constitucional com a EC 45, no artigo 5º, LXXVIII. Entretanto, apenas em Dezembro de 2006, dois anos depois de sua criação, foi editada lei regulamentadora de tal instituto. Trata-se da Lei 11.417/2006, que disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, vide inteiro teor:

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1o O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2o No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 4o A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5o Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6o A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7o Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1o Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2o Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 8o O art. 56 da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3o:

“Art. 56.
.....

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR)

Art. 9º A Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação.

Brasília, 19 de dezembro de 2006; 185º da Independência e 118º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Márcio Thomaz Bastos

Tal dispositivo é bastante claro, motivo pelo qual não pretende-se aprofundar na análise, merece destaque o artigo 6º, que trata da proposta de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante, dispondo que tais atos não autorizam a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão, cabendo ao STF, de acordo com o artigo 4º, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tal como acontece no controle de constitucionalidade no STF. Também merece destaque o artigo 9º, tal dispositivo impõe responsabilidade, tanto na esfera cível, quanto na esfera penal e administrativa para os órgãos da administração pública que não aplicarem a determinação, mas esta responsabilização não afetará os demais órgãos do Poder Judiciário, sob pena de estar punindo o juiz por exercer algo inerente a sua profissão. Entretanto, nada disse a lei sobre quais matérias poderiam ser sumuladas com força vinculante.

Em entrevista à assessoria de imprensa do STF, o ministro Marco Aurélio de Melo afirmou que: “a súmula vinculante é o instrumento que visa garantir a

autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal". Porém, tal afirmação só nos leva a crer que se o instrumento não for utilizado com bastante sabedoria, será este uma forma de imposição de autoridade de uma função estatal sobre as demais, fato este que causaria um desequilíbrio entre os poderes da nação.

2.4 A criação da primeira súmula com efeito vinculante no campo penal

Após a criação da Lei 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, vemos surgir na doutrina nacional, acalorada discussão sobre a sua constitucionalidade, principalmente no que tange à progressão de regime, posto que esta é vedada pela referida lei.

Depois de 16 anos de vigência deste dispositivo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em controle difuso, a inconstitucionalidade do dispositivo, posto que esta fere a individualização e a humanização da pena, pois o regime integralmente fechado é um regime de cumprimento de pena cruel e desumano, o que importa na violação de preceitos constitucionais. Vale ressaltar que esta decisão não possui efeitos erga omnes e nem poderá retroagir às penas já cumpridas. Cabe agora ao Senado Federal, que já foi comunicado da decisão, tomar as providências cabíveis.

Em virtude disto, o STF vem sofrendo uma enxurrada de Habeas Corpus questionando a aplicação do regime integralmente fechado. Pensando nisto, foi criada uma proposta de súmula vinculante que trata do assunto, destacada abaixo:

PROPOSTA NÚMERO 5 :

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do artigo 2 da Lei 8.072/90, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização do exame criminológico.

Esta proposta não foi submetida ao pleno do tribunal para ser votada e convertida em súmula vinculante, pois foi editada a Lei 11.464/07 que estabelece um prazo mínimo para a progressão de regime em crimes hediondos, vide inteiro teor:

Art. 1o O art. 2o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2o

II - fiança.

§ 1o A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2o A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

§ 3o Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

§ 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. (NR)

Art. 2o Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A edição desta lei fez cair por terra à criação da primeira súmula vinculante que tratava de matéria penal, mas isto não com que perca o interesse sobre a matéria.

3 ABORDAGENS CRÍTICAS SOBRE A SÚMULA VINCULANTE NA SEARA PENAL

3.1 Súmula vinculante: uma forma de interpretação ou de integração do direito

Antes de tudo, é preciso distinguir interpretação de analogia.

O que vem a ser interpretar? É um processo de descoberta do conteúdo da lei e não de criação de normas. Por isso, é admitida em Direito Penal.

3.1.1 Formas de Interpretação da Lei Penal

- **quanto ao sujeito:**

- interpretação **autêntica** ou **legislativa** = o próprio legislador dá o sentido;
- interpretação **doutrinária** ou **científica** = pelos doutos, estudiosos (Exposição de Motivos do Código Penal);
- interpretação **jurisprudencial** = julgados dos Tribunais (Súmulas).

- **quanto ao modo:**

- interpretação **gramatical** = sentido literal;
- interpretação **teleológica** = intenção objetivada na lei;
- interpretação **histórica** = busca na origem da lei o sentido;
- interpretação **sistemática** = de acordo com o sistema de leis;
- interpretação **progressiva** = de acordo com o processo evolutivo da sociedade.

- **quanto ao resultado:**

- interpretação **declarativa** = a letra da lei corresponde ao sentido explicitado;

- interpretação **restritiva** = para chegar ao entendimento, reduzir o alcance;

- interpretação **extensiva** = amplia o alcance da palavra para que corresponda à vontade textual ;

3.1.2 Interpretação Analógica / Interpretação Extensiva

- **Interpretação Extensiva** = é o processo de extração do autêntico significado da norma, ampliando-se o alcance das palavras legais, a fim de se atender a real finalidade do texto legal. Exemplo no direito penal: Artigo 235 do Código Penal - bigamia, percebe-se ser delituosa a conduta de quem se casa duas vezes. Valendo-se da interpretação extensiva, por uma questão lógica, pune-se ainda, aquele que se casa várias vezes (poligamia).

- **Interpretação Analógica** = o legislador, depois de exemplificar algumas hipóteses, encerra de modo genérico, permitindo ao intérprete encontrar outros casos que se assemelham às hipóteses exemplificadas. Exemplo no direito penal: Artigo 121 § 2º, III - Qualifica-se o homicídio quando o agente cometer o crime “com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum”, verificando-se, pois, que, dadas as amostras pelo tipo, permite-se que o intérprete vá buscar outros meios similares aos primeiros, igualmente configuradores de insídia , crueldade ou perigo comum.

- **Analogia** = regra integrativa cria-se uma norma penal onde, originalmente, não existe. Para suprir uma lacuna, empresta-se lei feita para caso semelhante (análogo). Permitida em Direito Penal somente para beneficiar o réu,

não é admitida a analogia *in malam partem*, isto é, para prejudicar o réu, assim, não é possível aplicar analogicamente a lei penal para criar novas figuras de delito ou para contemplar penas ou medidas de segurança que não estejam taxativamente previstas.

Deste modo, a analogia distingue-se da interpretação, porque constitui um processo da integração da ordem legal, e não meio de esclarecer o conteúdo da norma.

Cumpre-nos agora aplicar os ensinamentos acima à nossa pesquisa sobre súmulas vinculantes. Seriam elas uma forma de interpretação ou de integração do direito?

Como já foi visto no início deste trabalho de pesquisa, súmula não é nada mais que o resultado da uniformização de jurisprudência de um tribunal acerca de questões amplamente debatidas por ele. Assim, a súmula seria o resultado de uma interpretação do direito no caso concreto, que serve de parâmetro para outras decisões que abordem o mesmo tema.

No que diz respeito à seara penal existem súmulas, tais como a súmula 711 do Supremo Tribunal Federal que excepciona o princípio da irretroatividade da lei penal maléfica, assim, vejamos:

“ A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente , se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”

Tal enunciado dispõe que se ocorrer a sucessão de leis penais durante a ocorrência de um fato delituoso continuado, aplica-se a lei posterior ainda que mais gravosa. Este entendimento ainda não possui caráter vinculante, logo serve apenas como um referencial para o juiz quando for julgar a causa. Nesse molde, a súmula

711 não é nada além do que uma forma de interpretação do direito, entretanto, caso passe a ter força vinculante, tal entendimento passaria a ter força obrigatória, logo, ao invés de servir como fonte interpretativa, a súmula vinculante passaria a ter um caráter integrativo, na medida em que há a criação de uma norma penal, com o intuito de suprimir uma lacuna legal.

3.2 Súmula vinculante e sua aplicação no campo penal, cuidados especiais

Como foi apresentado anteriormente, verifica-se que a súmula vinculante, passaria a ser uma forma de integração do direito, logo seria um caso de analogia e não mais uma simples forma de interpretação do direito. No que diz respeito à seara penal é importante lembrar que não é admitida a analogia em desfavor do réu, logo como ficaria a aplicação de súmulas que prejudiquem o condenado, tais como: 711 e 723, caso estas passem a possuir caráter vinculante?

Quando estudamos a Lei 11.464/07 não vislumbramos nada sobre o assunto. Deve-se isto ao fato de que ainda não existe nenhuma súmula com força vinculante no Brasil. Entretanto, esta é uma questão que não pode deixar de ser analisada, pois caso contrário, cairia por terra um dos corolários do direito penal.

Deste modo, é preciso, que seja editada lei para regulamentar quais assuntos podem ser tratados por uma súmula vinculante, tendo em vista que, por ser um instrumento capaz de agilizar processos e evitar com que eles cheguem ao Supremo Tribunal Federal, é um instrumento novo e desconhecido em nosso ordenamento, logo poderá causar injustiças caso não trate de forma correta algumas matérias, em especial a matéria penal.

Assim, para que seja editada uma súmula vinculante que trate de matéria penal é preciso observar alguns aspectos, tais como:

- A matéria é amplamente discutida nos tribunais superiores?
- A matéria já possui um entendimento pacificado?
- A matéria diz respeito à alguma questão que prejudique o réu?

Ao abordar tais questionamentos é necessário que seja respondido positivamente às duas primeiras afirmações e negativamente à última, para que seja editada uma súmula vinculante tratando de matéria penal, tendo em vista que somente a lei poderá abordar questões que prejudiquem o réu, pois, não existe analogia em desfavor do réu no direito penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se concluir que a súmula vinculante não é, como muitos pensam, uma proibição, uma petrificação da liberdade de decidir dos magistrados. Entende-se que a súmula vinculante é a jurisprudência compendiada sobre determinado tema jurídico já demasiadamente discutido e amadurecido, cabendo ao juiz, quando se deparar com o caso concreto, verificar a aplicabilidade desta para decidir de uma maneira mais célere e igualitária.

A sistemática da súmula é bastante democrática pois é proveniente sempre da maioria absoluta de cada tribunal, mas para democratizar ainda mais esta espécie de súmula será preciso a criação de outros mecanismos de controle da emissão e cancelamento destas, pois a Lei 11.417/06 deixou de abordar alguns aspectos importantes, tais como: quais matérias podem ser sumuladas? , haja vista que, como ocorre, há uma grande distância social entre os ministros e as partes, pois aqueles não sentem de perto o problema destas, é apenas mais um processo a se amontoar perante os outros já existentes.

Estes mecanismos auxiliarão no controle externo dos tribunais, não deixando que súmulas vinculantes sejam emitidas irresponsavelmente por parte desses, para benefício de poucos, garantindo assim, a segurança jurídica de todos os cidadãos.

Com o advento da súmula vinculante será possível assegurar a igualdade de tratamento aos litigantes em situações semelhantes, acabando com a vergonhosa diversidade de decisões em casos idênticos, constitui exemplos às devoluções de empréstimo compulsório, ações visando à correção monetária para efeito de reajuste

de proventos de aposentadoria ou saldos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou de cadernetas de poupança, discussões sobre a legalidade de impostos, sobre prazo prescricional entre inúmeras outras. Nessas ações, desde a inicial até o último acórdão, nada será acrescentado ao entendimento que se cristalizou a respeito da matéria e acaba se tornando uma reprodução de peças padronizadas. Mas, é preciso observar que quando a súmula for tratar de matéria relativa ao direito penal, é preciso tomar cuidado, pois nesta seara o que se discute é a liberdade de ir e vir dos cidadãos e não uma simples questão de direito patrimonial, logo, os princípios relativos a este campo devem ser observados.

A criação da súmula vinculante deve ser vista como medida de extrema necessidade, pois consiste numa medida de grande eficiência cujos resultados práticos não tardarão a aparecer. Além de ser um mecanismo barato, o que numa situação de crise é de grande relevância, pois não custarão mais recursos ao erário.

Pois bem, são poucos os pontos controvertidos, entretanto, na situação em que o país se encontra, e desde que sejam observados os princípios abordados neste trabalho, não se pode deixar de adotá-la.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado, DF, 1988;

_____. Decreto- Lei 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**, atualizado pela Lei 7.209/1984, Rio de Janeiro, RJ, 1940;

_____. Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. **Código de processo civil**, Brasília, DF, 1973;

_____. Lei 11. 417, de 19 de dezembro de 2006, Brasília, DF, 2006;

_____. Lei 11.464, de 28 de março de 2007, Brasília, DF, 2007;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3.Ed, Coimbra, Almedina, 1998;

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, fabris, 1988;

CASTRO, Cláudio Dias de. **Súmulas Vinculantes**: uma (dis) solução jurídica, Disponível em : <<http://www.campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-01.htm> >. Acesso em : 26 ago.2003;

COSTA, Adriano Campos. **Súmula Vinculante uma boa proposta**. Revista Independente do Ministério Público, Fortaleza, CE, ano I, nº 3, p.9/18, Outubro 1999;

FRAGOSO, Heleno Cláudio: **Observações sobre o princípio da reserva legal**, Disponível em: www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno/artigos/arquivo11.pdf . Acesso em 20 mar. 2006;

GRINOVER, Ada Pelegrini. FILHO, Antonio Gomes Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. 3.Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal: parte geral**. 23. ED.,REV. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999;

LIMA, Rogério. **Súmula Vinculante: sim ou não?** Revista Independente do Ministério Público, Fortaleza,CE, ano I, nº 3, p.2285/292, Outubro 1999;

LIMA, Leonardo Moreira. **Stare decises e súmula vinculante: um estudo comparado**, on line. Acesso em: 20 Out. 2003;

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **De l'esprit des lois**, trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, O Espírito das leis, Brasília, Universidade de Brasília, 1995;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2005;

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006;

RIBEIRO, Renato Ventura. **Efeito vinculante e democracia**. Disponível em:<http://www.fblaw.com.br/francais/artigos/efeito_vinculante_democracia.html > Acesso em : 18 out.2003;

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4.Ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

SILVA, Bruno Mattos e. **Súmula vinculante e ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada**. Disponível em:<<http://www.rantac.com.Br/users/jurista/sumula2.htm>> Acesso em: 26 ago.2003;

SILVA, Evandro Lins e. **Crime de hermenêutica e súmula vinculante**, Disponível em : < <http://www.campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-011.htm> >.

Acesso em : 26 ago.2003;

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18.Ed. São Paulo: Malheiros, 2000;

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1995;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, <<http://www.stf.gov.br/noticias>>. Acesso em 22 mar. 2006;

TESHEINER, José Maria Rosa. **Reforma do Judiciário**, Disponível em : < <http://www.tex.pro.br/wwwroot/artigosprofthesheiner/reformadojudiciario.htm> >.

Acesso em : 30 set.2003;

TAVARES, André Ramos . **Nova lei da súmula vinculante - estudos e comentários à lei 11.417 de 19.12.2006**. – 1. Ed. – São Paulo, 2007;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. – 5. Ed., Rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

