

Com o objetivo de difundir cada vez mais o conhecimento no campo das ciências criminais, o IBCCRIM vem publicando, desde 1997, monografias científicas, com obras de reconhecido valor, muitas delas fruto de dissertações de mestrado e doutorado, apresentadas em renomadas universidades brasileiras e estrangeiras. Com a iniciativa, procura-se dar divulgação a trabalhos destacadamente interdisciplinares de inegável qualidade científica, que encontram nessa coleção o espaço merecido, muitas vezes não preenchido pelo mercado editorial.



Súmula Vinculante em Matéria Criminal

A tão propalada crise do Poder Judiciário brasileiro motivou a implementação de um dos instrumentos com maior potencial de violência ao ordenamento jurídico nacional: as chamadas súmulas de efeito vinculante. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004 — que recentemente foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006 — o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal que se encontrar sumulado terá efeito vinculante em todas as esferas judiciais e administrativas do país. Com o escopo de assegurar (de uma forma um tanto quanto acrítica) a justiça e a igualdade entre as partes mediante solução idêntica de casos idênticos, e, sempre alicerçando tais relações no postulado da segurança jurídica, abre-se um perigoso campo de cerceamento da atividade jurisdicional e a independência da magistratura do país, engessando as decisões judiciais, podendo tornar todo o Judiciário mero aplicador e caixa de repetição do entendimento do STF, sem mencionar na violação ao princípio da separação dos poderes. Tal cenário adota contornos preocupantes a partir do momento em que se cogita a aplicabilidade de tal instituto em questões de natureza penal, seara esta que tutela a mais cara e preciosa das garantias individuais constitucionais do cidadão: a liberdade humana. Em uma busca nos antecedentes históricos das súmulas vinculantes, nota-se o caráter autoritário de tal mecanismo que, com a escusa de maior efetividade no provimento jurisdicional, sempre submeteu os casos concretos à hermenêutica única do Pretório Excelso, atropelando a natureza dialética da ciência processual — e porque não do Direito em si —, instituindo um discurso monológico. Diante desta implementação frente ao direito e processo penal, percebe-se a potencialidade de existência de intenções ocultas do poder público no que tange à manutenção do status quo da política criminal neutralizadora, petrificando dogmas punitivos absolutos, importando desta forma um discurso estrangeiro (vez que os precedentes vinculantes encontram-se na tradição jurídica dos países de origem anglo-saxônica, mormente os Estados Unidos da América) veiculado por uma política neoliberal. O implemento das “súmulas vinculantes” vai contra toda a essência do direito processual penal brasileiro e da própria tradição do direito romano-germânico, podendo somente ser aceito num viés garantista, ou seja, ter a reconhecida eficácia vinculante em hipóteses que favoreçam o réu.

ISBN 978-85-99216-28-6

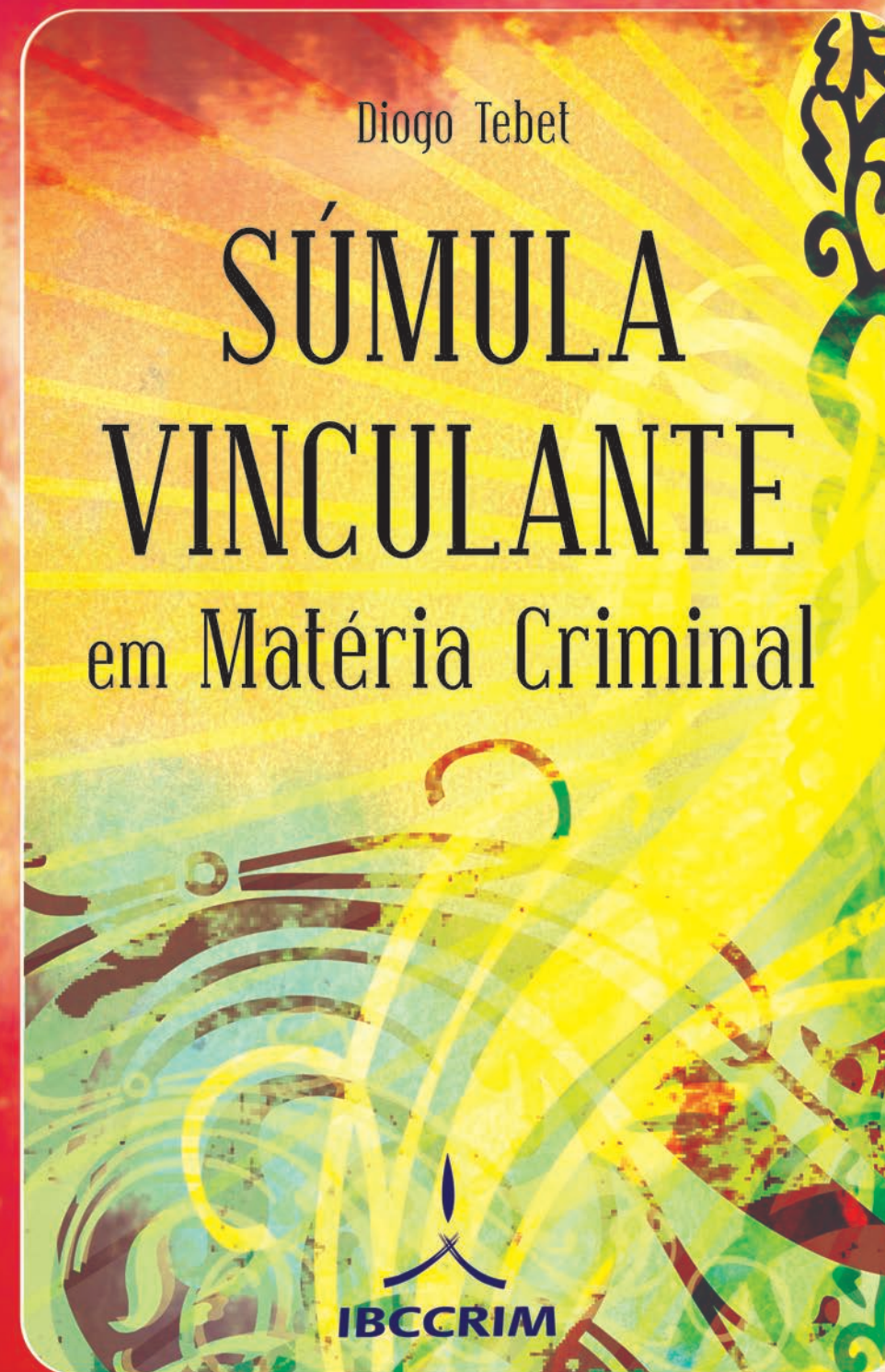


9 788599 216286

56

SÚMULA VINCULANTE em Matéria Criminal

Diogo Tebet



- . Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/RJ
- . Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica/RJ
- . Membro e Coordenador adjunto da 6ª região (RJ/ES) do IBCCRIM
- . Membro efetivo e Secretário da Comissão de Direito Penal do IAB
- . Membro da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB/RJ
- . Advogado criminal



Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diogo Tebet

SÚMULA VINCULANTE EM MATÉRIA CRIMINAL

1ª Edição



SÃO PAULO
2010

© Desta edição - IBCCRIM

Produção Gráfica: Ameruso Artes Gráficas e Vídeo - ME

Fone: (11) 2215-3596 - ameruso@ameruso.com.br

Capa: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

T25s

Tebet, Diogo, 1980-

Súmula vinculante em matéria criminal / Diogo Tebet. - 1.ed. - São Paulo : IBCCRIM, 2010.

(Monografias / IBCCRIM ; n. 56)

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-99216-28-6

1. Súmula vinculante - Brasil. 2. Poder judiciário - Brasil. 3. Processo penal - Brasil. 4. Precedentes judiciais - Brasil. 5. Garantia (Direito). 6. Hermenêutica (Direito). 7. Sociologia jurídica. I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título.

10-2716.

CDU: 347.98

10.06.10

21.06.10

019697

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de Agosto, 52, 2º andar

CEP 01018-010 - São Paulo, SP, Brasil

tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 4.050 exs.

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS
Exemplar de distribuição restrita e comercialização proibida.
Impresso no Brasil - *Printed in Brazil*
Abril - 2010

IBCCRIM - Diretoria para o biênio 2009/2010

Diretoria Executiva

Presidente
Sérgio Mazina Martins

1º Vice-Presidente
Carlos Vico Mañas

2ª Vice-Presidente
Marta Cristina Cury Saad Gimenes

1ª Secretária
Juliana Garcia Belloque

2º Secretário
Cristiano Avila Maronna

1º Tesoureiro
Edson Luis Baldan

2º Tesoureiro
Ivan Martins Motta

Conselho Consultivo

Carina Quito
Carlos Alberto Pires Mendes

Marco Antonio Rodrigues Nahum
Sérgio Salomão Shecaira

Theodomiro Dias Neto

Comissões Especiais - Presidentes

Código Penal
Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Defesa dos Direitos e Garantias Fundamentais
Rafael S. Lira

Direito Penal Econômico
Ludmila Vasconcelos Leite Groch

História
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Infância e Juventude
Luis Fernando C. de Barros Vidal

Justiça e Segurança
Renato Campos Pinto de Vitto

Meio Ambiente
Adilson Paulo Prudente do Amaral

Mesas de Estudos e Debates
Paulo Sérgio de Oliveira

Núcleo de Jurisprudência
Guilherme Madeira Dezem

Política Nacional de Drogas
Maurides de Melo Ribeiro

Sistema Prisional
Alessandra Teixeira

Seminário Internacional
Carlos Vico Mañas

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

Biblioteca
Ivan Luis Marques da Silva

Boletim
André Pires de Andrade Kehdi

Cursos
André Adriano Nascimento Silva

Estudos e Projetos Legislativos
Gustavo Octaviano Diniz Junqueira

Iniciação Científica
Camila Akemi Perruso

Internet
Luciano Anderson de Souza

Monografias
Fernando Salla

Núcleo de Pesquisas
Maria Amélia de Almeida Telles

Pós-Graduação
Helena Regina Lobo da Costa

Relações Internacionais
Marcos Alexandre Coelho Zilli

Representante do IBCCRIM junto ao OLAPOC
Renata Flores Tybiriça
Revista Brasileira de Ciências Criminais
Ana Elisa Liberatore S. Bechara

Coordenadorias Regionais

Coordenadora-Chefe: Juliana Garcia Belloque

Coordenadores Regionais:

1ª Região (Amapá, Maranhão e Pará)
João Guilherme Lages Mendes

2ª Região (Acre, Amazonas e Roraima)
Telma de Vercosa Roessing

3ª Região (Piauí, Ceará e Rio Grande do Norte)
Patrícia de Sá Leitão e Leão

4ª Região (Paraíba, Pernambuco e Alagoas)
Oswaldo Trigueiro Filho

5ª Região (Bahia e Sergipe)
Wellington César Lima e Silva

6ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo)
Marcio Gaspar Barandier

7ª Região (Distrito Federal, Goiás e Tocantins)
Pierpaolo Bottini

8ª Região (Minas Gerais)
Felipe Martins Assis Pinto

9ª Região (Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rondônia)
Francisco Afonso Jawsnicker

10ª Região (São Paulo)
João Daniel Rassi

11ª Região (Paraná)
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

12ª Região (Rio Grande do Sul e Santa Catarina)
Rafael Braude Canterji

Monografias

monografia@ibccrim.org.br — www.ibccrim.org.br

Coordenador-Chefe: Fernando Salla

Adjuntos: Fernanda Emy Matsuda, Marcos César Alvarez, Maria Gabriela S.M.C. Marinho e Wânia Pasinato

Conselho Diretivo: Alessandra Teixeira, Ana Lúcia Pontes Menezes Vieira, Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Andrei Koerner, Cláudio do Prado Amaral, Davi de Paiva Costa Tangerino, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Flávio Américo Frassetto, José Henrique Rodrigues Torres, Kenarik Boujikian Felipe, Maíra Rocha Machado, Rodrigo G. de Azevedo, Tadeu Antonio Dix Silva e Vera da Silva Telles

14º Concurso de Monografias de Ciências Criminais - 2010

Presidente: Maíra Rocha Machado

Membros da Comissão Julgadora: Diogo Malan, Eda Maria Góes, Fabiana Costa Oliveira Barreto, Helena Regina Lobo da Costa, Marina Pinhão Coelho Araujo, Marcos Paulo Pedrosa Costa, Mariana Possas

*À minha família, Paulo e Soraya, meus pais,
Thales, meu irmão, pelo amor, apoio e compreensão
incondicionais.*

À minha esposa, Larissa, com todo o meu amor.

AGRADECIMENTOS ■

Em primeiro lugar, agradeço ao meu mestre e orientador professor Nilo Batista, por todos os ensinamentos, lições e sobretudo pela paciência. Além de ser o meu modelo profissional em todos os aspectos, o professor Nilo foi para mim (e para muitos) o responsável por descortinar a realidade da política criminal em geral (nela incluindo direito penal, processo penal e criminologia), ensinando-me a ter sempre o olhar crítico necessário, a questionar e a se indignar.

Estendo meus agradecimentos aos professores João Mestieri e Heitor Costa Jr., não só por suas magníficas aulas no Programa de Mestrado da UCAM/RJ, mas também pelas valiosas observações feitas – e devidamente incorporadas – quando da avaliação da presente dissertação.

Agradeço também ao professor Humberto Dalla, pessoa que sugeriu o tema da dissertação, pelas brilhantes aulas no Programa de Mestrado da UCAM/RJ e por sempre estar à disposição para sanar toda e qualquer dúvida, tornando-se desta forma um grande amigo.

Da mesma forma sinceramente agradeço a Carlos Eduardo Machado (e a todos os meus colegas do escritório Carlos Eduardo Machado Advogados) pelas lições diárias, profissionais e de vida, e por me ensinar a todo o momento, seja por palavras, seja por ações, o que é ser verdadeiramente um advogado criminalista.

O meu agradecimento também a Christiano Fragoso, amigo de longa data que me incentivou a atrevidamente enviar o presente manuscrito à consideração do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

“(...) a aplicação de uma norma a um caso concreto jamais é mecânica; requer uma interpretação na qual intervém, em maior ou menor medida, conforme os diversos tipos de leis, o julgamento pessoal do juiz”.

Norberto Bobbio

NOTA INTRODUTÓRIA ■

Nilo Batista^(*)

Diogo Tebet integra a geração de jovens professores que se graduaram Mestres em Direito Penal naquele programa de pós-graduação da Universidade Cândido Mendes que, durante cinco anos, realizou a mais radical aposta em transdisciplinaridade no campo conhecido por “ciências criminais”. Nossos mestrandos eram provocados a sempre inquirir o objeto de suas pesquisas a partir da sua própria história, a jamais descurar da experiência real dos sistemas penais em sociedades concretamente determinadas, a perceber e ressaltar elos menos visíveis que vinculam categorias da dogmática jurídico-penal a opções político-criminais ou a discursos criminológicos. O presente volume estampa, com as cabíveis atualizações, a dissertação de mestrado de Diogo Tebet, da qual tive a prazerosa ousadia – o tema tem raízes no campo, para mim cheio de mistérios, do processo penal – de ser o orientador. Certamente atraíram-me, nesse tema plantado tão próximo da cerca entre o campo do processo e o da política criminal, os frutos que caem e germinam além do alambrado.

Na interpretação da lei penal a produção de sentidos habilita ou embaraça o exercício de poder punitivo. Daí a estratégica “reserva” que, do autêntico “*crime de interpretação*” criado por Justiniano às cabriolas metodológicas da exegese napoleônica, imperadores e reis postularam. Esse fenômeno provém da antiguidade, passa pela alta idade média – no reino visigótico ibérico, o rei era o único e decisivo intérprete do texto legal – e chega à modernidade. A “justiça retida”

^(*) Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

do príncipe absolutista (que, como lembrava Bodin, jamais delega tanto poder quanto retém) era integrada pela possibilidade de dotar a lei do sentido que bem lhe aprouvesse. Quando Victor Nunes Leal concebia e preparava as súmulas, então apenas persuasivas, do Supremo Tribunal Federal, tinha presente a experiência absolutista dos assentos da Casa da Suplicação, agora revisitados por Diogo Tebet.

Este é o pano de fundo, claramente político, que perpassa o choque entre a pretensão de universalidade, presente nas idéias de equidade e de segurança jurídica, e a particularidade dos casos que aspiram a acessar a Justiça e romper paradigmas estabelecidos. A súmula vinculante constitui, nessa perspectiva, um instrumento judicial concentrador de poder punitivo, para o bem – quando procure contê-lo ou reduzi-lo – ou para o mal do Estado de direito.

Diogo Tebet convida seus leitores a refletir sobre esses paradoxos, num livro de leitura agradável, no qual as lições do passado estão a advertir sobre as perplexidades do presente.

Santa Tereza, maio de 2010.

RESUMO ■

“**A** tão propalada crise do Poder Judiciário brasileiro motivou a implementação de um dos instrumentos com maior potencial de violência ao ordenamento jurídico nacional: as chamadas súmulas de efeito vinculante”. Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004 — que recentemente foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006 — o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal que se encontrar sumulado terá efeito vinculante em todas as esferas judiciais e administrativas do país. Com o escopo de assegurar (de uma forma um tanto quanto acrítica) a justiça e a igualdade entre as partes mediante solução idêntica de casos idênticos, e, sempre alicerçando tais relações no postulado da segurança jurídica, abre-se um perigoso campo de cerceamento da atividade jurisdicional e a independência da magistratura do país, engessando as decisões judiciais, podendo tornar todo o Judiciário mero aplicador e caixa de repetição do entendimento do STF, sem mencionar na violação ao princípio da separação dos poderes. Tal cenário adota contornos preocupantes a partir do momento em que se cogita a aplicabilidade de tal instituto em questões de natureza penal, seara esta que tutela a mais cara e preciosa das garantias individuais constitucionais do cidadão: a liberdade humana. Em uma busca nos antecedentes históricos das súmulas vinculantes, nota-se o caráter autoritário de tal mecanismo que, com a escusa de maior efetividade no provimento jurisdicional, sempre submeteu os casos concretos à hermenêutica única do Pretório Excelso, atropelando a natureza dialética da ciência processual — e porque não do Direito em si —, instituindo um discurso monológico. Diante desta implementação frente ao direito e processo penal, percebe-se a potencialidade de existência de intenções ocultas do poder público no que tange à manutenção do *status quo* da política criminal neutralizadora, pe-

trificando dogmas punitivos absolutos, importando desta forma um discurso estrangeiro (vez que os precedentes vinculantes encontram-se na tradição jurídica dos países de origem anglo-saxônica, mormente os Estados Unidos da América) veiculado por uma política neoliberal. O implemento das “súmulas vinculantes” vai contra toda a essência do direito processual penal brasileiro e da própria tradição do direito romano-germânico, podendo somente ser aceito num viés garantista, ou seja, ter a reconhecida eficácia vinculante em hipóteses que favoreçam o réu.

Palavras-chave: Súmula vinculante. Criminal. Processo Penal. Precedente judicial. Garantismo. Hermenêutica. Súmula pro reo.

ABSTRACT

The famous Brazilian Judiciary System's crisis created one of the most potential violent instrument to the national legal system: the so called "súmula" of binding effect. With the advent of the Constitutional Amendment nº 45, of December 31th, 2004 - regulated by Federal Law nº 11.417/2006 - the Brazilian Supreme Court decisions will be able to bind all administrative and judicial spheres of the country. With the goal to guarantee (without that the proper analyses) the ideals of justice and equality among the parties by identical solutions of identical cases, and, always establishment such relations in the idea of legal certainty, it offends directly the jurisdictional activity and the independence of the magistracy of the country, plastering the sentences, transforming the Judicial system in a box of repetition of the STF's decisions, without mentioning the violation of separation of public institutions. Such scene turns in a preoccupying outline from the moment that involves the applicability "of such institute in matters of criminal procedural, science that addresses the most expensive and precious individual constitutional guarantee: freedom". In a search in the historical antecedents of the binding precedents, the authoritarian character of such mechanism is noticed that, with the excuse of effectiveness in the jurisdictional provisions, it aims submit concrete cases to the only hermeneutics of the Brazilian Supreme Court of law, running over the dialectic nature of procedural science (and the Law in itself), creating a monological speech. This reform relating criminal proceeding, it is noted the hidden intentions of the public power referring the maintenance of the status quo of the criminal politics petrifying absolute punitive dogmas, importing in such a way a foreign speech (the binding precedents meet in the legal tradition of the native countries anglosaxons, mainly the United States of America) dictated by the perverse

neoliberal politics. The implement of the binding precedents goes against all the essence of the Brazilian criminal procedural law and the Roman-Germanic system of Law, only being able to be considered in a garantistic way, that is, to have the recognized binding effectiveness in cases that benefits the defendant.”

Key-words: Binding precedent. Criminal procedure. Judicial precedent. Garantism. Hermeneutics. “Súmula” pro reo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
------------------	----

CAPÍTULO 1 - ABORDAGEM INICIAL: SUBSTRATO DA SÚMULA VINCULANTE E POSIÇÕES JUSFILOSÓFICAS.....	23
--	-----------

1.1. Justiça como equidade: situações iguais, soluções iguais. Caráter geral da norma	24
1.2. A questão da segurança jurídica: breves linhas sobre a previsibilidade e certeza.....	34

CAPÍTULO 2 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS E COMPARATIVOS À SÚMULA VINCULANTE.....	51
---	-----------

2.1. Histórico sucinto da origem do efeito vinculante das decisões judiciais no ordenamento jurídico nacional. Assentos da Casa de Suplicação	51
2.2. <i>Common Law</i> e Direito Romano-Germânico. Jurisprudência, precedentes e lei.....	60
2.3. Precedentes judiciais vinculantes no Direito Comparado.....	77
2.3.1. Estados Unidos	78
2.3.2. Portugal.....	86

CAPÍTULO 3 - SÚMULA VINCULANTE E AFINS	95
---	-----------

3.1. Direito vinculante. Mecanismos existentes no Direito brasileiro de vinculação normativa de decisões judiciais	95
--	----

3.2. “Teoria Geral das Súmulas”?	102
3.2.1. Súmula Sugestiva ou Persuasiva	106
3.2.2. Súmula Vinculante	107
3.2.2.1. Análise constitucional das “súmulas vinculantes”	112
3.2.2.1.1. A propagada “crise da Justiça”. Celeridade e sumarização	112
3.2.2.1.2. A violação ao devido processo legal, a separação de Poderes e a outras cláusulas pétreas	119
3.2.2.1.3. A independência judicial	132
3.2.2.1.4. Da inconstitucionalidade da Lei nº 11.417/2006	139
CAPÍTULO 4 - SÚMULA VINCULANTE EM MATÉRIA CRIMINAL	145
4.1. Distinção necessária entre Processo Penal e Civil: crítica a uma Teoria Geral do Processo	146
4.2. Inaplicabilidade da súmula vinculante em sede criminal	158
4.2.1. Princípio da legalidade	163
4.2.2. Princípio do devido processo penal	173
4.2.3. Princípio da personalidade penal: intrascendência e individualização da pena	187
4.3. Aspectos criminológicos: súmula vinculante como habilitador do poder punitivo	193
CAPÍTULO 5 - GARANTISMO, FAVOR REI E PRECEDENTE VINCULANTE	213
5.1. A súmula vinculante como potencial limitador do poder punitivo estatal	214
CONCLUSÕES	221
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	227

INTRODUÇÃO ■

A presente dissertação originou-se inicialmente da ideia de escrever e criticar o verbete de súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal¹ que constituía (e constitui) um dos maiores absurdos da história processual penal brasileira. A ideia da imposição de uma limitação ao manejo do *habeas corpus*, com a nítida escusa de se restringir o número de demandas levadas ao STF, afigurava-se teratológica e inconcebível. A repúdia aumentava quando se constatava a força quase que vinculante de tal orientação, sendo cegamente seguida, por exemplo, pelas turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça.

Iríamos desenvolver uma crítica deste efeito extremamente persuasivo (e quase vinculante), cotejando com a própria noção, origem e fundamentos do *habeas corpus*, demonstrando, em linhas gerais, a completa inviabilidade desta súmula frente aos princípios do remédio heroico. Em conversações com o professor Humberto Dalla, surge a ideia de se estender o estudo — ampliando o leque crítico — acerca da implementação de caráter vinculante a toda e qualquer “súmula” que trate de questões penais e processuais penais, mormente após a edição e promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, regulamentada dois anos após pelo Congresso Nacional (Lei nº 11.417/06).

Desta forma, analisa-se a presente questão da incidência das denominadas “súmulas vinculantes” (e precedentes vinculantes) que, a partir da regulamentação da Emenda Constitucional citada, foram dotadas de efeito coercitivo em todas as instâncias judiciais

¹ Súmula 691: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão do Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

e administrativas do país. Observando as peculiaridades de nosso ordenamento jurídico, e mais especificamente neste trabalho, as particularidades do direito criminal, buscamos estudar as implicações deste instituto, uma importação (acrítica) da *Common Law* (principalmente dos Estados Unidos da América), não só em questões puramente de técnica processual, mas, sobretudo, na análise criminológica das razões e efeitos da utilização deste mecanismo.

Como noção primeira, no capítulo inaugural, foi feita uma pequena digressão teórica acerca dos fundamentos do porquê da existência das súmulas vinculantes, socorrendo-se da filosofia do direito a fim de explicitar pontos como equidade, justiça e segurança jurídica, sustentáculos teóricos da súmula vinculante. Nada mais oportuno do que fazer uma breve inserção nesta ciência, pois como asseverou Del Vecchio, a mesma, em todas as épocas, meditou sobre o problema do direito e da justiça². Na verdade, trata-se de uma parte inaugural para estabelecer, como sugeriu e definiu o professor Nilo Batista em uma de nossas sessões de orientação em Santa Tereza, o “poço teórico” da dissertação, o qual irá “irrigar” e “iluminar” o restante do trabalho. Alerta-se por necessário que não houve a pretensão de se proceder a um estudo profundo sobre a filosofia do direito, constituindo esta parte num breve olhar de um operador do Direito sobre as bases filosóficas. Neste capítulo, buscamos demonstrar que não há decisão uniforme absoluta para todos os casos dado às idiossincrasias de cada processo, e que noções como justiça e equidade são conceitos relativos, abertos, dotados de extrema vagueza e, como revelado por Kelsen, pertencentes ao domínio da moral³.

No segundo capítulo, foi feita uma incursão nos antecedentes históricos das “súmulas vinculantes”, demonstrando não constituir nenhuma novidade a força vinculante dos precedentes judiciais. A herança genética das súmulas nos remete aos *Assentos da Casa de Suplicação* portugueses, antecedentes afins das súmulas vinculantes que nada mais eram que instrumentos de poder pelo qual os tribunais superiores lusitanos, com o escopo de buscar uma harmonização dos julgados, impunham coercibilidade normativa às suas decisões.

² DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5ª ed. trad. por António José Brandão. Arménio Amado Editor. 1979. p. 31.

³ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. trad. por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 3’4.

Neste mesmo capítulo, procedeu-se, ainda que brevemente, uma análise comparada de dois dos mais emblemáticos ordenamentos jurídicos pertencentes à *Common Law*, quais sejam, da Inglaterra e dos Estados Unidos, bem como de um pertencente à Europa continental -Portugal- possuindo raízes no *Civil Law*, passando para um estudo acerca de algumas das fontes destes sistemas, enfocando jurisprudência, precedentes e lei.

Ao entrarmos no terceiro capítulo, sob o título de súmula vinculante e afins, buscamos pesquisar alguns dos mecanismos já existentes de vinculação normativa de decisões judiciais no ordenamento nacional, como por exemplo, as decisões do STF oriundas de ação declaratória de constitucionalidade, decisões emanadas do Tribunal Superior do Trabalho em âmbito de dissídios coletivos, dentre outros. Após, adentrou-se especificamente na questão das súmulas vinculantes e da dicotomia entre essas e as persuasivas, analisando inicialmente a impossibilidade de uma teoria geral das súmulas. Após, fez-se uma incursão nos aspectos (in)constitucionais da súmula vinculante, numa espécie de análise de questões preliminares que impedem sua adoção em geral frente o nosso ordenamento jurídico.

Do geral para o particular, no quarto capítulo encontra-se o cerne do trabalho. Sob o título de súmula vinculante em matéria criminal, foi feita uma necessária distinção entre o direito processual penal e civil, criticando a adoção de uma teoria geral do processo, demonstrando que o advento de certos mecanismos que, *prima facie*, poderiam se coadunar com aspectos do processo civil — como as “súmulas vinculantes” neste caso — nem de longe poderiam ser aplicadas ao processo penal, dado as suas especificidades e seu objeto único (a tutela da liberdade humana). Analisou-se alguns dos princípios norteadores do direito criminal como um todo (penal e processual penal), apresentando-se os mesmos como óbices à súmula vinculante em matéria criminal.

Após, no mesmo capítulo, passamos a parte crítica do trabalho: o enfoque criminológico da súmula vinculante como potencial ferramenta de alteração do eixo da criminalização primária da política criminal, correlacionando a própria ideia de obediência aos precedentes vinculantes com a tradicional característica submissa da sociedade brasileira frente uma política autoritária como herança lusitana colonial. Seguindo esta linha, analisa-se a adoção da súmula

vinculante como instrumento de violência simbólica advindo da hermenêutica vinculante, passando pela clara monologia imposta pela vinculação das decisões judiciais do STF que pode vilipendiar o caráter dialético do processo, resultado de uma importação de discurso advinda da “política jurídica neoliberal”, a qual se revela ligada intrinsecamente a aspectos econômico-financeiros.

No derradeiro capítulo, surge como proposta a adoção de “súmulas” com efeito vinculante apenas em situações *pro reo*, como um limitador do poder punitivo estatal, imposição decorrente do princípio do *favor rei* e a noção garantista do processo penal, finalizando com a análise das “súmulas vinculantes” já editadas que afetam as ciências penais.

CAPÍTULO 1

ABORDAGEM INICIAL: SUBSTRATO DA SÚMULA VINCULANTE E POSIÇÕES JUSFILOSÓFICAS

A filosofia apresenta-se como importantíssima ferramenta para as Ciências Penais, especialmente quando se está diante de reformas estruturais e implementação de institutos jurídicos. De acordo com Bettiol, a filosofia torna-se um momento essencial para a compreensão do processo seja na perspectiva das fontes substanciais das normas, na da interpretação ou na reforma de institutos⁴, reconhecendo que “a filosofia, como procura do universal e interpretação da realidade e da vida, tem assim uma importância decisiva no processo penal, no conhecimento da sua génese, no espírito das suas estruturas e nas finalidades que visa prosseguir”⁵.

A análise do advento das “súmulas vinculantes” no ordenamento jurídico brasileiro, não poderia se furtar de ser feita sem o auxílio das bases filosóficas. A efetiva implementação das súmulas vinculantes veio acompanhada, ou melhor, se deu em motivo de um discurso de Reforma do Poder Judiciário. O principal vetor desta reforma foi sem dúvida a busca por celeridade e eficiência na entrega da prestação jurisdicional, ou, nas palavras do discurso oficial, assegurar “a agilidade, o acesso, a segurança e a racionalidade da solução de conflitos”⁶.

Entretanto, não se pode perder de vista as premissas fundantes e bases ideológicas que revestem e apoiam os precedentes vinculantes

⁴ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal*. trad. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974. p. 199.

⁵ Idem, p. 200/201.

⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. *A reforma do Judiciário: perspectivas*. Disponível em www.mj.gov.br, acessado em 30.09.2006.

de forma geral. O texto elaborado pelo relator do Projeto de Lei nº 6.636/2006 na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados (e que se tornou a Lei nº 11.417/2006)⁷, Deputado Federal Maurício Rands, que visava regulamentar a alteração do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 procedida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, revelava em sua análise o propalado “objetivo teórico” que respalda a adoção da súmula vinculante:

“Parece-nos evidente que a súmula vinculante tende a promover os princípios da igualdade e da segurança jurídica, pois padronizará a interpretação das normas, evitando-se as situações fáticas e jurídicas absolutamente idênticas se submetem a decisões judiciais diametralmente opostas (...). Por outro lado, essa quebra do princípio isonômico contribui para arranhar a imagem do Poder Judiciário, o que constrange o acesso à justiça, favorecendo a litigiosidade contida. Como já se afirmou *“a lei, que é igual para todos, deve ser do mesmo modo sentida e uniformemente aplicada em todo o território por ela abrangido. É na unidade e na autoridade da lei que repousa a noção da unidade e da autoridade do Estado”*[sic]⁸.

A análise em relação à segurança jurídica será feita no segundo item, enquanto no primeiro, nos deteremos justamente a estudar brevemente a justiça como equidade, a solução aparentemente simples de que casos iguais se submetam a decisões iguais.

1.1. Justiça como equidade: situações iguais, soluções iguais. Caráter geral da norma

Ao contrário do que quer fazer aparentar o Congresso Nacional brasileiro, não há uma definição una e precisa do que seja justiça. Na Grécia Antiga, Sócrates, através da obra de Platão, respondendo em um debate, já enunciava que a busca pela justiça é

⁷ Lei ordinária promulgada em 19.12.2006 e publicada no DOU de 20.12.2006. Tal diploma legislativo será analisado particularmente no capítulo III da presente dissertação.

⁸ Disponível em www.camara.gov.br, acessado em 15.09.2006.

“coisa mais preciosa que todo o ouro”⁹.

Há muito os homens elevam à máxima potência a importância da busca conceitual de justiça. Na mesma Grécia, Aristóteles afirmava que “todos entendem por justiça aquela disposição moral que torna os indivíduos aptos a realizar atos justos e que os faz agir justamente e desejar o que é justo”¹⁰, sendo a justiça a mais importante das virtudes, e nem a estrela da noite, nem mesmo aquela da manhã são tão admiráveis quanto¹¹. Radbruch, maior representante da Filosofia dos Valores (*Wertphilosophie*), escreve que a própria ideia de direito é construída na análise conjunta de três termos principais: justiça, fim e segurança social; logo, a própria ideia de direito não podia ser dissociada da de justiça¹². Bobbio afirma que a justiça é um fim desejável para quem se propõe buscar a boa sociedade: *iustitia fundamentum regnorum* (justiça é o alicerce dos reinos)¹³.

Contudo, deve haver muita parcimônia no estudo e na análise do termo justiça. Perelman já advertia que todas as vezes que tratamos de uma palavra com ressonância emotiva, “de uma dessas palavras que se escrevem com maiúscula para mostrar bem claramente todo o respeito que se tem por elas”¹⁴, trate-se de Justiça, da Virtude, da Liberdade, do Bem, do Belo, do Dever etc., é mister ficar alerta¹⁵.

Ao longo da história sempre se buscou um conceito aproximado de justiça. Radbruch expõe o modelo de justiça, com fundamento na concepção aristotélica, admitindo a justiça distributiva como espécie de justiça primitiva, própria das relações de subordinação, ou seja, a justiça do direito público, na qual as normas são postas na observância da heteronomia (o indivíduo observa a lei posta pelo Estado), consistente na igualdade relativa no trato de diferentes pessoas¹⁶.

⁹ PLATÃO. *A República*. trad. por Heloisa Burati. São Paulo: Rideel. 2005. p. 17.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. trad. por Edson Bini. Bauru: Edipro. 2002. p.135.

¹¹ Idem. p. 137.

¹² RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 47.

¹³ BOBBIO, Norberto. *Em torno da noção de justiça*. In: BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia*. trad. por César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 2003. p. 216.

¹⁴ Orientação não seguida no presente trabalho (não foi escrita a palavra “justiça” com letra maiúscula justamente para desmistificar o caráter sacrossanto da mesma).

¹⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. trad. por Maria Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 3/4.

¹⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia*.... p. 49.

O mesmo filósofo discorre, também, sobre a justiça igualitária, outra derivação do pensamento aristotélico, e a define como sendo a justiça do direito privado, própria das relações de coordenação, na qual são criadas normas e convenções pelos próprios indivíduos em suas relações, *verbi gratia*, nos contratos em geral, igualdade absoluta entre bens¹⁷. E prossegue:

“Justiça igualitária é a justiça entre pessoas com igualdade de direitos, e pressupõe um ato de justiça distributiva, que outorgou aos participantes a mesma equiparação, a mesma capacidade de relações e o mesmo *status*. Assim, a justiça distributiva é a forma originária da justiça. Nela encontramos a idéia de justiça”¹⁸.

Calcado também na análise aristotélica, Bobbio, de forma mais sucinta, ensina que as definições tradicionais de justiça não são analíticas, mas sim exortativas: como *constans voluntas suum cuique tribuere* (dar a cada o que é seu)¹⁹ dos juristas romanos, ou *caritas sapientis* (amor do sábio) de Leibniz²⁰.

As diversas concepções de justiça são o resultado de diferentes noções de sociedade; para entender a concepção de justiça, deve-se explicitar a concepção de cooperação social da qual ela deriva²¹. Rawls, por exemplo, tem como objetivo a apresentação de uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social (de Locke, Rousseau e Kant)²².

Contudo, por mais idealizado e soberano (e confuso) que seja o valor justiça — todas as revoluções, todas as guerras, todas as revoltas (e todas as reformas) sempre se fizeram em nome da justiça²³

¹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁸ Idem. p. 50.

¹⁹ Acerca do conteúdo de “dar a cada um que é seu”, ver crítica contundente de Roberto Lyra Filho: LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?*. 17ª ed. (11ª reimpressão). 2005. p. 21.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio*.... p. 206.

²¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 11.

²² Idem. p. 12.

²³ PERELMAN, Chaïm. op. cit. p. 8. Interpolação nossa.

— não se pode analisá-lo ou reivindicá-lo desgarrado da perspectiva humana. Aristóteles dizia que o justo é coisa humana²⁴.

Nesta esteira, a análise do que seja justo ou injusto procede-se invariavelmente numa relação entre dois ou mais homens, pois a justiça é a única das “virtudes” que parece ser um bem alheio, uma vez que diz respeito aos outros²⁵, condizente com as relações humanas. Como nos diz Kelsen, a justiça é “a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens; o juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta”²⁶. Logo, estamos diante de um termo relativo, e não absoluto, como muitas vezes alguns querem demonstrar, principalmente os legisladores.

E nessas relações, deve haver o tratamento do que a grande maioria dos filósofos denomina de equidade entre os indivíduos:

“o justo, que é uma posição de meio e é eqüitativo, é relativo a um objeto e a pessoas; e, uma vez que é uma posição de meio, pressupõe alguns termos, ou seja, o mais e o menos; uma vez que é eqüitativo, pressupõe duas pessoas e, uma vez que é justo, algumas pessoas (...). E tal será a igualdade: para as pessoas e nas coisas; e quais forem as relações entre as coisas, tais deverão ser também aquelas entre as pessoas: se, de fato, essas não forem eqüitativas, tampouco terão relações eqüitativas”²⁷.

A justiça sempre foi tratada como medidor do direito positivo, e, neste sentido, a justiça significa igualdade²⁸. Invocando novamente a concepção aristotélica tem-se a máxima: “o justo será aquele que respeita a lei e que é eqüitativo”²⁹. Bobbio já reconhecia a importância e prudência de se aproximar do conceito de justiça utilizando as categorias lei, ordem e principalmente, **igualdade**³⁰. Perelman define a equidade como a “muleta da justiça”, sendo seu comple-

²⁴ ARISTÓTELES. op. cit. p. 148.

²⁵ Idem. p. 51.

²⁶ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. trad. por João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 4.

²⁷ ARISTLES. op. cit. p. 143.

²⁸ RADBRUCH, Gustav. op. cit. p. 49.

²⁹ ARISTÓTELES. op. cit. p. 160.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *Norberto*.... p. 206.

mento indispensável³¹.

O mesmo Perelman sintetiza em sua obra seis distintas noções de justiça³², extraindo de sua pesquisa o elemento que há de comum entre essas diferentes concepções: a ideia de certa igualdade³³. Nossa ordem constitucional positivou a noção de tratamento igualitário e isonômico para todos os cidadãos perante a lei, conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal³⁴. Todavia, o princípio da igualdade perante a lei não significa dizer que todos os cidadãos sejam iguais, pois toda a igualdade sempre é uma igualdade *secundum quid* (segundo algo)³⁵.

A justiça ordena tratar os iguais como iguais, aos desiguais de modo diferente, segundo a sua medida de desigualdade³⁶. Kelsen já dizia que a máxima “todos os homens devem ser tratados por igual” pressupõe a desigualdade entre os homens; os homens apenas podem ser considerados como iguais na medida em que as desigualdades que de fato entre eles existem não são tomadas em consideração³⁷.

Todavia, surge a inevitável indagação: *quem deve ser considerado como igual ou desigual e de que maneira devem ser tratados? Quem é igual e quem é desigual?*

Segundo Bobbio, o problema seria simples se todos os homens fossem iguais em tudo (como bolas de bilhar ou gotas d’água)³⁸. Mas os homens não são completamente iguais e desiguais; os que são iguais

³¹ PERELMAN, Chaïm. *Ética*.... p. 37.

³² “a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo suas obras; a cada qual segundo suas necessidades; a cada qual segundo sua posição; a cada qual segundo o que a lei lhe atribui”. Idem. p. 9/13.

³³ Idem, p. 13/14.

³⁴ Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio* (...). p. 210.

³⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia*... p. 77. Sob o aspecto da isonomia constitucional brasileira, Celso Bandeira de Mello: “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 17.

³⁷ KELSEN, Hans. op. cit. p. 51.

³⁸ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 213.

com base em um critério podem ser diferentes com base em outro³⁹.

Como asseverou o filósofo italiano acima citado, há evidente consenso de que os homens não são iguais. As diferenças entre os mesmos, bem como suas origens, são explicitadas com enorme propriedade por Rousseau, que traça uma breve, mas precisa, historiografia dessas distinções. Narra o autor francês que em determinada época temporal da Idade Primitiva, o homem primitivo muda de aspecto: os homens, que até aquele momento erravam nos bosques, depois de estabelecerem uma residência mais estável, deixando de serem nômades, aproximando-se uns dos outros, reunindo-se em diversos grupos⁴⁰.

Dessa proximidade, os vínculos se tornam mais estreitos; cada um começou a obsevar os outros, e a estima pública adquiriu mais prestígio. Quem cantava e dançava melhor, o mais forte ou o mais ágil também se tornou o mais considerado, e foi o primeiro passo para a desigualdade⁴¹. Em outras palavras, enquanto os homens se dedicaram a trabalhos que podiam fazer sozinhos, viveram livres, continuando a usufruir entre si as alegrias das relações independentes; mas a partir do momento em que o homem precisou da ajuda de outro; a partir do momento em que se percebeu que era útil a um único indivíduo ter provisões para dois, a igualdade desapareceu, introduzindo-se a propriedade, e como diz Rousseau, “o trabalho se tornou necessário e as vastas florestas transformaram-se em campos banhados pelo suor dos homens, onde logo se viram germinar e crescer com as searas a escravidão e a miséria”⁴².

E com o reconhecimento da propriedade derivaram as primeiras normas de justiça⁴³. Com a devoradora ambição, e a necessidade de colocar-se acima dos outros, os homens começaram a se prejudicar mutuamente, decorrendo da noção de propriedade, dando azo a desigualdade nascente⁴⁴.

³⁹ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 213.

⁴⁰ ROSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A idéia de justiça.....* p. 182.

⁴¹ Idem, p. 183.

⁴² ROSSEAU, Jean Jacques. p. 185.

⁴³ Idem, p. 187.

⁴⁴ Idem, p. 189.

Desta forma, se há uma reconhecida (e histórica) desigualdade entre os homens, como estabelecer um tratamento equânime entre os mesmos? Como tratá-los com justiça através de um conceito único?

Aristóteles afirma que não haveria igualdade se não houvesse comensurabilidade⁴⁵, invocando a distribuição do justo segundo o mérito de cada um (segunda concepção de justiça sintetizada por Perelman), porém, o mesmo reconhece que nem todos reconhecem o mesmo mérito⁴⁶, sendo impossível que objetos tão diferentes tornem-se justamente comensuráveis⁴⁷.

Radbruch reconhece que a igualdade não é um dado, haja vista serem as pessoas tão desiguais quanto “um ovo ao outro”, assevera que a igualdade sempre é uma abstração, tomando-se um determinado ponto de vista de uma desigualdade dada⁴⁸.

Perelman, na tentativa de se aproximar de um conceito unívoco de justiça, desenvolve a **justiça formal** que consiste na extração de fórmula comum às diversas concepções de justiça, devendo conter um elemento indeterminado, uma variável, cuja determinação fornecerá ora uma, ora outra concepção da justiça⁴⁹. A noção comum, nos diz Perelman, constituirá uma definição da **justiça formal** ou **abstrata**, que constitui um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma⁵⁰.

Porém, o próprio filósofo de Bruxelas reconhece que essa definição não diz nem quando dois seres fazem parte de uma categoria essencial nem como é preciso tratá-los. E vai mais além:

“(...) nossa definição da justiça é formal porque não determina as categorias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum da justiça formal para fórmulas diferentes de justiça concreta. O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar

⁴⁵ ARISTÓTELES. op. cit. p. 157.

⁴⁶ Idem, p. 160.

⁴⁷ Idem, p. 152.

⁴⁸ RADBRUCH, Gustav. op. cit. p. 50.

⁴⁹ PERELMAN, Chaïm. op. cit. p. 18.

⁵⁰ Idem, p. 19.

as características essenciais para a aplicação da justiça”⁵¹.

A justiça concreta (em oposição à justiça formal) decorre de uma concepção particular da justiça que supõe uma determinada escala de valores⁵². Mas evidentemente qualquer evolução moral, social ou política que traz uma modificação da escala dos valores modifica ao mesmo tempo as características consideradas essenciais para a aplicação da justiça⁵³. Bobbio comunga deste entendimento:

“Lança-se mão das similitudes relevantes para aplicar um critério determinado. Porém, quais são as similitudes ou as diferenças relevantes? Na seleção de um critério em lugar de outro entram juízos de valor que além de serem indemonstráveis e serem sustentáveis apenas mediante argumentos a favor ou contra, também são historicamente mutáveis”⁵⁴.

O próprio Perelman reconhece que todas as dificuldades levantadas pela noção de justiça estão longe de serem aplainadas e que a justiça formal não pode coincidir com todos os usos contraditórios da noção de justiça⁵⁵.

O neocontratualista John Rawls — cuja teoria da justiça propugna a ideia norteadora de que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original e de que a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social⁵⁶ — reconhece que os homens devem muito à intuição o sentimento e definição do que seja

⁵¹ PERELMAN, Chaïm. op. cit. p. 19.

⁵² Idem. p. 30.

⁵³ Idem. p. 31.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 213.

⁵⁵ PERELMAN, Chaïm. op. cit. p. 33.

⁵⁶ Para o autor norte-americano, os princípios de justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo, pois os mesmos são escolhidos sob um véu de ignorância, para não favorecer ninguém. Na sua teoria da justiça como equidade, as pessoas aceitam de antemão um princípio de liberdade igual e o fazem sem conhecer seus próprios objetivos pessoais. Implicitamente concordam, portanto, em conformar as concepções do seu próprio bem com aquilo que os princípios da justiça exigem, ou pelo menos em não insistir em reivindicações que os violem diretamente. RAWLS, John. op. cit. p. 12/13, 33.

justiça⁵⁷. Porém, como sabido, nosso sentimento de justiça leva em conta, simultaneamente, várias categorias essenciais independentes, que ocasionam categorias essenciais nem sempre concordantes⁵⁸.

Logo, a escusa de se buscar a justiça — atributo pertencente ao domínio da moral⁵⁹ — com a padronização de decisões judiciais (precedentes ou súmulas) não se sustenta quando da análise da própria noção de justiça que, como brevemente demonstrado, não chega sequer a um consenso entre os filósofos, evidenciando ainda que a equidade almejada de mesma sorte, não se afigura como conceito estanque, possuindo diversas nuances, características e variantes complexas como os seres humanos.

Por essa razão é que se deve analisar caso a caso as questões levadas ao Judiciário, mormente as questões penais e processuais penais, pois cada caso é único (a desigualdade de tratamento corresponde a uma desigualdade de situação reconhecida)⁶⁰. Kelsen afirma que se deve tratar cada caso concreto de acordo com as suas particularidades; *somente se cada caso particular fosse tratado conforme as suas particularidades é que o seu tratamento seria justo*⁶¹, e complementa:

“A exigência de que todos os homens sejam tratados por igual, ou seja, de que não se deve fazer menção de nenhuma das desigualdades de fato existentes, qualquer que seja o conteúdo que possa ter o tratamento conforme com a norma pressuposta pela norma de justiça, conduz a conseqüências absurdas”⁶².

A justiça estrutura a relação entre os homens em termos de

⁵⁷ Assevera que as teorias intuicionistas duas características específicas: primeiro, consistem em uma pluralidade de princípios básicos que podem chocar-se e apontar diretrizes contrárias em certos casos; segundo, não incluem nenhum método específico, nenhuma regra de prioridade, para avaliar esses princípios e compará-los entre si: precisamos simplesmente atingir um equilíbrio pela intuição, pelo que nos parece aproximar-se mais do que é justo. RAWLS, John. op. cit. p. 37.

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*... p. 34.

⁵⁹ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*.... p. 3.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *Norberto*....p. 210.

⁶¹ KELSEN, Hans. op. cit. p. 52.

⁶² Idem, p. 53.

igualdade, porém, uma regulação para um só homem ou uma única relação, somente pode ser um preceito jurídico (como objetiva a reforma do Judiciário com a implementação das súmulas vinculantes) quando seu caráter individual repousar no fato de que seu fundamento legal é exato para essa pessoa individual ou para aquela relação individual⁶³. De mesma forma diz Kelsen que as normas de justiça têm um caráter geral; uma norma é geral quando tem validade não apenas num caso singular, mas vale para um número de casos iguais que não pode ser determinado de antemão, quer dizer, deve ser observada ou aplicada num número indeterminado de casos⁶⁴.

A norma (a lei) é regra de conduta geral e abstrata, sendo dirigida a uma categoria de sujeitos e nunca a um sujeito específico⁶⁵. Mediante a generalidade e abstração, qualquer lei assegura uma primeira forma de igualdade, a formal, entendida como tratamento equitativo dos que integram o mesmo grupo⁶⁶, função que não pode ser desempenhada por precedentes e súmulas vinculantes. A lei, e somente ela, como norma geral e abstrata estabelece a categoria à qual deve ser outorgado um determinado tratamento, cabendo ao juiz, mediante interpretação, estabelecer quem deve ser incluído na categoria e quem deve ser dela excluído⁶⁷.

Bobbio categoricamente assevera que *a aplicação de uma norma a um caso concreto jamais é mecânica; requer uma interpretação na qual intervém, em maior ou menor medida, conforme os diversos tipos de leis, o julgamento pessoal do juiz*⁶⁸.

Na concepção de Radbruch, a justiça é o valor absoluto, ponto de partida para todas as considerações, sendo o justo como sentido objetivo decorrente de uma relação ideal entre homens; o modelo do moralmente bom se expressa em um homem ideal e o modelo da justiça, em uma ordem ideal de sociedade⁶⁹. A igualdade não é dada na realidade, é sempre uma abstração de uma desigualdade dada sob um

⁶³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito...* p. 53.

⁶⁴ KELSEN, Hans. op. cit. p. 12.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 209.

⁶⁶ Idem, ibidem.

⁶⁷ Idem, p. 211.

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 211

⁶⁹ RADBRUCH, Gustav. op. cit. p. 48.

determinado ponto de vista⁷⁰, motivo pelo qual é imperativo sempre individualizar o tratamento dispensado ao jurisdicionado (ainda mais no campo de questões criminais, onde o princípio da individualização da pena norteia todo o arcabouço normativo penal e processual penal).

Como bem afirma Bobbio “o ideal de um conjunto de indivíduos livres em uma sociedade justa ou, ao contrário, de uma sociedade justa formada por indivíduos livres é um ideal-limite”⁷¹. A igualdade perfeita é irrealizável, constituindo um ideal para o qual se pode tender um limite do qual se pode tentar aproximar-se na medida do possível; a igualdade perfeita uma ideia-limite, sua possibilidade de realização é nula⁷².

Com relação à questão decisiva de saber como os homens devem ser tratados para que o seu tratamento deva ser considerado justo, nos diz Kelsen que um conceito geral de justiça apenas pode ser algo de completamente vazio, principalmente quando esse conceito deve abranger ainda as normas de justiça do tipo metafísico⁷³. Como bem observa Calmon de Passos “o problema da justiça é um problema especificamente humano e só pelo homem pode ser pensado e apenas por intermédio dele será resolvido, quer em sua dimensão individual, quer em termos sociais”⁷⁴.

Diante das inúmeras antinomias da justiça, chega-se a uma conclusão inevitável: a justiça perfeita não é deste mundo⁷⁵.

1.2. A questão da segurança jurídica: breves linhas sobre a previsibilidade e certeza

Outro relevante ponto a ser abordado nesta parte inicial do presente trabalho é o da função “estabilizadora” da súmula vinculante que visa preservar a tão decantada *segurança jurídica* acerca

⁷⁰ Idem, p. 110.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. p. cit. p. 216.

⁷² PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito...* p. 15.

⁷³ KELSEN, Hans. op. cit. p. 62.

⁷⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 60.

⁷⁵ PERELMAN, Chaïm. op. cit. p. 35

da interpretação de questões levadas ao conhecimento do Judiciário.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, em seu artigo 2º, que acrescentou o artigo 103-A à Constituição Federal, traz em seu parágrafo primeiro a estampada preocupação acerca da segurança jurídica:

Art. 103-A- § 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”⁷⁶.

A noção de segurança jurídica, assim como a de justiça, encerra uma abstração muito grande em seu conceito, sendo elevada por muitos como valor absoluto, espécie de garantia da jurisdição. Inevitavelmente quando se fala em segurança, surge a ideia de ordem.

Bobbio já identificava que a ideia de justiça-ordem implica e ilumina as ideias de justiça-lei e de justiça-igualdade⁷⁷. O positivista Radbruch, de forma categórica, afirmava que “o direito enquanto ordenação da vida comum não pode ficar abandonado às diferenças de opiniões dos indivíduos, pois é necessário haver uma ordem acima de tudo e todos”⁷⁸. O mesmo autor atribui como sinônimo de segurança jurídica as noções de inalterabilidade ou persistência⁷⁹.

Discorrendo sobre a segurança jurídica, Radbruch afirma que a mesma exige positividade do direito. Segundo o mesmo, senão se pode identificar o que seja justo, então se faz necessário estabelecer o que deve ser jurídico, aduzindo que “a positividade do direito torna-se assim, de modo muito estranho, o próprio pressuposto de sua justiça”⁸⁰. Em crítica pontual, Lyra Filho revela que a idolatria da ordem nunca

⁷⁶ Cabe ressaltar que o texto é repetido no corpo da lei promulgada que regulamenta o art. 103-A. Lei nº 11.417/06, art. 2º, §1º.

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio*.... p. 216.

⁷⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*... p. 108.

⁷⁹ Idem, *ibidem*.

⁸⁰ Idem, *ibidem*. Em posição antagônica está Frederico Marques que afirma que a justiça e segurança jurídica não se encontram em posições antagônicas e, sim, em perfeita harmonia. MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. vol. III. Campinas: Bookseller. 1998. p. 84.

elimina (apenas tenta disfarçar) o problema da justiça⁸¹⁻⁸².

Carnelluti converge no sentido de que não há identidade entre certeza e justiça:

*“La justicia y la certeza son, por desgracia, dos cosas opuestas. La distancia de la una a la otra es insalvable, como entre el hombre y el fantoche. Por el caso típico hay que sacrificar el caso singular, y viceversa. El juez, cuando mira al fantoche, olvida más o menos al hombre; cuando conoce al hombre, ignora más o menos al fantoche”*⁸³.

Na doutrina nacional, José Afonso da Silva entende que a segurança é um dos valores que informam o direito positivo, sendo a positividade do direito uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídica⁸⁴. Para Calmon de Passos o valor segurança é indissociável do direito⁸⁵. O homem, prossegue o processualista baiano, ser temporal, tem consciência do tempo vivido (o passado irrecuperável) do tempo que vive (o presente) que já contém nele, como pulsão, o tempo que era vivido, o futuro, imprevisível e incontrollável, por não submetido a nenhum determinismo absoluto⁸⁶. Para escapar à angústia dessa incerteza do amanhã, procura utilizar-se de meios que a minimizem, dos quais o de maior signifi-

⁸¹ LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?*... p. 38.

⁸² Marilena Chauí, numa visão sociológica, revela que numa sociedade de classes, a “ordem” é a ordenação da sociedade pela classe dominante e pelo Estado, de tal modo que a “ordem” é controle social, dominação política, sujeição ideológica, exclusão cultural, coerção psíquica e física, numa palavra, violência. CHAUI, Marilena. *Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito*. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). *Desordem e processo: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião de seu 60º aniversário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1986. p. 22.

⁸³ CARNELLUTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. trad. por Santiago Melendo. Buenos Aires: Librería del Foro. 1994. p. 293.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2005. p. 15.

⁸⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador. CAJ, Centro de Atualização Jurídica. n° 10. janeiro, 2002. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em 23.10.2006. p.1.

⁸⁶ Idem, *ibidem*.

cação é o compromisso⁸⁷. Canotilho afirma que o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida⁸⁸. Analisando num viés sociológico, Bauman afirma que a insegurança afeta a todos nós, imersos que estamos num mundo fluido e imprevisível de desregulamentação, flexibilidade, competitividade e incerteza, pontuando que “cada um de nós sofre a ansiedade por conta própria, como problema privado, como resultado de falhas pessoais e como desafio ao nosso *savoir faire* e à nossa agilidade”⁸⁹.

No entendimento de Carmen Lúcia Antunes Rocha, segurança jurídica poderia parecer tautologia, pois direito e segurança andam juntos; o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário⁹⁰.

Em verdade, a questão da segurança no que pertine a ciência jurídica sempre foi alvo de discussão. Apesar de a segurança jurídica ser aspecto inerente ao positivismo jurídico e ser a ele constantemente associada, percebe-se a noção da mesma também em visões jusnaturalistas. Para Carrara, é entendido como patrimônio político do homem, como membro de uma sociedade civil, os bens da segurança e da opinião da segurança. A segurança e o sentimento de segurança como direitos, segundo o doutrinador italiano, são dados ao homem pela natureza⁹¹.

Numa perspectiva constitucionalista, percebe-se há muito a consagração deste postulado. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um direito natural e imprescritível, a segurança encontra-se positivada como um direito individual na Constituição brasileira de 1988, ao lado

⁸⁷ Idem, *ibidem*.

⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina. 2003. p. 257.

⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. trad. por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2003. p. 129.

⁹⁰ A autora mineira continua a afirmar que “o homem, ser de si incerto e que vive na incerteza de tudo o que é inerente à sua vida e à sua morte, busca o certo nas coisas e atos que o cercam. Incerto quanto aos seus sentimentos, busca-se fazer certo dos atos que lhe são externos”. p. 168. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica*.... p. 168.

⁹¹ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito criminal: parte geral. vol I*. trad. por Ricardo Gama. Campinas: LZN Editora. 2002. p. 108/109.

dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do *caput* do art. 5º⁹²⁻⁹³. O constitucionalismo francês conceitua a segurança jurídica, no preâmbulo da Constituição de 1793: “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”⁹⁴.

De acordo com Ingo Sarlet, a segurança e a estabilidade das relações jurídicas constituem valores fundamentais de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito⁹⁵, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de constituições modernas⁹⁶.

Luís Roberto Barroso identifica que já de longa data situa-se a segurança jurídica como um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social⁹⁷.

Novamente Sarlet considera que a segurança jurídica encontra-se vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana pois coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, qual seja, a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e novo Código Civil*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: tomo III*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 132.

⁹³ José Afonso da Silva reconhece no texto constitucional quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia (segurança do domicílio, das comunicações pessoais, em matéria tributária etc.), segurança como proteção dos direitos subjetivos (assegurar a estabilidade dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito, coisa julgada), segurança como direito social (seguridade social) e segurança por meio do direito (segurança do Estado, segurança pessoal, segurança pública, segurança em matéria penal). SILVA, José Afonso. *Constituição e segurança jurídica...* p. 17.

⁹⁴ Idem, p. 133.

⁹⁵ De mesma sorte, José Augusto Delgado: “o Estado de Direito está sustentado em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para de julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade”. DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional*. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica...* p. 86.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica...* p. 132.

e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, necessitando da idéia de segurança jurídica⁹⁸. O constitucionalista prossegue ao afirmar que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas⁹⁹.

Passando para uma conceituação nuclear, Canotilho demonstra que o princípio da segurança jurídica — e o princípio da confiança — é encarado como um dos elementos constitutivos do Estado de Direito¹⁰⁰. O primeiro está conectado aos elementos objetivos da ordem jurídica — garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito — enquanto que o segundo, a proteção da confiança, se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos¹⁰¹. Da mesma sorte, Ingo Sarlet afirma que um patamar mínimo em segurança jurídica estará apenas assegurado quando o direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social como um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente¹⁰².

Mais especificamente, em relação à proteção da segurança jurídica relativamente a atos jurisdicionais, Canotilho uma vez mais é preciso. Segundo o constitucionalista português, as ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia *ex post* da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adotadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando

⁹⁸ SARLET, Ingo W. op. cit. p. 94.

⁹⁹ Idem, p. 95.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*.... p. 257.

¹⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*... p. 257.

¹⁰² SARLET, Ingo W. op. cit. p. 95. Ainda de acordo com o constitucionalista, “a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual”. op. cit. p. 125.

ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos atos normativos¹⁰³.

Passemos agora à análise específica da segurança jurídica como um dos vetores do implemento da súmula vinculante. Muitos dos discursos que se tem visto a respeito de uma crise do Poder Judiciário, tanto em sede jurídica como em meio midiático, apontam para a uma suposta “sensação” de insegurança em relação aos julgados dos tribunais nacionais no tocante à suposta incoerência existente entre os mesmos. Nesta esteira, José Delgado, numa visão evidentemente pessimista, afirma que está instalado um clima de insegurança jurídica na prática dos atos administrativos do Poder Executivo, nas funções exercidas pelo Poder Legislativo e principalmente nas decisões jurisprudenciais emitidas pelo Poder Judiciário¹⁰⁴. Acrescenta o ministro do Superior Tribunal de Justiça que esses acontecimentos “definem a estabilidade social e afrontam diretamente os direitos da cidadania e da valorização da dignidade humana” ressaltando que “o homem necessita de um grau de segurança para poder conduzir, planificar e desenvolver os seus atos da vida civil, familiar e profissional”¹⁰⁵.

É nesse clima de terror e caos — mesmo que por alguns poucos involuntariamente criado — que surge o clamor da súmula vinculante e com ele todo um movimento de parlamentares e juristas apoiando e justificando a aplicação deste controvertido instituto.

Grande parte da doutrina favorável à força vinculante dos precedentes judiciais de forma geral, assimila-os como fator determinante

¹⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...* p. 264. Barroso segue de maneira similar tal noção, resumindo em cinco pontos abrangentes a partir do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial da expressão segurança jurídica: (i) a existência de instituições estatais doadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; (ii) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; (iii) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direito em face de lei nova; (iv) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e (v) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. BARROSO, Luís Roberto. *Em algum lugar do passado: segurança jurídica...* p. 133.

¹⁰⁴ DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica...* p. 1.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*.

da segurança jurídica de um ordenamento. Analisando o aspecto da previsibilidade mesmo dos precedentes apenas persuasivos, José Rogério Cruz e Tucci, em análise ampla do direito comparado, afirmam que para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica¹⁰⁶.

Invocando invariavelmente valores e ideias como sentimento de estabilidade, confiança e paz social, esses discursos vão incutindo a noção de que dotar de força vinculante matéria sumulada por tribunal superior (no caso o Supremo Tribunal Federal) seria a panaceia para todos as mazelas de um ordenamento jurídico, como a única saída, elevando desta forma a segurança jurídica quase que como um instituto metajurídico, um ideal superior.

Corroborando tal assertiva, Cândido Dinamarco entende que o valor da certeza ou segurança jurídica situa-se no campo social e não no jurídico: o sentimento de estabilidade nas relações entre as pessoas não é um *plus* perante o direito, mas algo que serve à paz entre elas¹⁰⁷. Noutro texto, o processualista paulista narra que toda a ordem jurídica tem a missão e a responsabilidade de definir situações e gerar clima de confiança das pessoas e grupos quanto aos seus direitos, deveres e obrigações, seja para exercê-los e cumpri-los adequadamente, seja para poderem prever consequências do descumprimento próprio ou alheio¹⁰⁸. Logo após, conclui que tal é o valor da segurança, indispensável ao convívio social harmonioso e civilizado¹⁰⁹. Inobstante estar descrevendo (possivelmente de forma involuntária) uma das funções dispensadas à lei, prossegue o autor que a divergência de julgados é assumida como elemento “extremamente comprometedor dessa segurança e desagregador da harmonia social”, asseverando que “interpretações conflitantes geram incertezas e insegurança”¹¹⁰.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 17.

¹⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo:Malheiros. 2005. p. 49.

¹⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 25. n. 100. out/dez. 2000. p. 166-185.

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*.

Calmon de Passos, fazendo coro à adoção da súmula vinculante, entende que se inexistir no sistema instrumentos mediante os quais se emprestem, no máximo possível, segurança e coerência na redução de indeterminação, portanto previsibilidade, se disfuncionalizará o sistema como um todo. Essa exigência fala, segundo ele, em favor das forças vinculantes de certas decisões dos tribunais superiores¹¹¹.

Numa visão totalmente pragmática, simplista e até certo ponto alarmista, Rodolfo Mancuso, aumentando o gradiente do “clamor público” pró-súmula vinculante, garante que dentre os motivos determinantes do implemento da mesma, encontra-se a inadiável adoção de medidas idôneas a conter “a caótica dispersão de ações judiciais sobre um mesmo tema, prática que projeta efeitos perversos, tanto para o Estado-juiz, que se vê assoberbado com a sobrecarga do serviço, quanto para o jurisdicionado, que recebe uma resposta tardia e de conteúdo imprevisível”¹¹².

Invoca o autor uma vez mais a decantada função de que através da súmula vinculante poderá ser realizado praticamente o binômio justiça-certeza, que, segundo ele, “constitui o cerne do próprio Direito e a razão de ser da atividade judiciária do Estado”¹¹³. Fundamentando tal premissa, Mancuso defende vorazmente a adoção do instituto alicerçado no “pragmatismo do Direito”:

“Se não for para eliminar a incerteza, e se não houver uma razoável previsibilidade no julgamento, a partir de parâmetros que o próprio Direito oferece, então não se compreende a existência do tão vasto ordenamento jurídico, nem tampouco se justifica a manutenção do dispendioso organismo judiciário do Estado. Assim se dá porque, ao contrário da Filosofia, onde os grandes temas são abordados abstratamente, e até hipoteticamente, já ao Direito não basta a singela digressão teórica, sendo absolutamente necessária uma política de resultados, em que o Estado-juiz desempenhe o poder-dever e outorgar, em tempo

¹¹¹ CALMON DE PASSOS, J.J. *Súmula vinculante...* p. 6.

¹¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p. 346.

¹¹³ Idem, *ibidem*.

razoável, e de modo isonômico, a cada um o que é seu”¹¹⁴.

Nota-se claramente que o autor busca comparar o Poder Judiciário com uma empresa privada na qual os resultados são “fabricados” em série industrial, seguindo uma “política de resultados”, como se fosse uma linha de produção em série, pronta para entregar, em menor tempo possível, a prestação jurisdicional como produto ao cidadão. Contudo, não leva em consideração o processualista que o Judiciário não é uma fábrica, e tampouco o cidadão um simples consumidor de um produto por ele “fabricado”. Neste ponto, Castanheira Neves é preciso e acurado, identificando os sinais dos tempos:

“Num mundo técnico e mecânico, em que a qualidade se quantifica e o juízo é substituído pelo cálculo, em que tudo é função de mecanismos operatórios e os resultados se admitem apenas em termos de produção, em que a redução formalizante é a estrutura procurada do racional, em que a máquina substitui e ultrapassa o homem ou em que este se tem de integrar como elemento em circuitos mecanizados de auto-regulação, neste mundo assim decerto que aquilo que é humano no homem já não tem lugar”¹¹⁵.

Inobstante ter a Constituição Federal adotado o princípio da eficiência como um dos nortes a ser observado pela administração pública, deve-se atentar que atuam diversas outras variantes na decisão de causas judiciais, principalmente em causas criminais, que versam sobre o principal bem jurídico do homem, qual seja, a liberdade¹¹⁶.

Ademais, a constante invocação da segurança jurídica como legitimante da súmula vinculante afigura-se muitas das vezes como manobra que visa ao convencimento da comunidade jurídica, e mais ainda, da sociedade civil, através dos meios de comunicação. Argumentos como o de existir uma suposta “jurisprudência lotérica” atinge de forma canhestra e, de certa feita perigosa, grande parte da

¹¹⁴ Idem, p. 351.

¹¹⁵ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora. 1995. p. 15.

¹¹⁶ A questão do tempo e o Judiciário como sumarização será analisada no capítulo 4.

opinião pública. Percebe-se este discurso em alguns textos doutrinários como o que segue:

“(...) quando uma mesma regra ou princípio é interpretado de maneira diversa por Juízes ou Tribunais em casos iguais, isso gera insegurança jurídica, pois, para o mesmo problema, uns obtêm e outros deixam de obter a tutela jurisdicional. Desse modo, tendo um órgão jurisdicional julgado de um jeito e outro de outro, instaura-se uma atmosfera de incerteza, com a conseqüência de retirar a credibilidade social da administração da justiça. Portanto, se é necessário assegurar aos juízes liberdade para interpretar o Direito, essa liberdade não pode ser absoluta, porque dá margem à existência do fenômeno da jurisprudência lotérica, o qual compromete a legitimidade do exercício do poder jurisdicional pelo Estado-Juiz”¹¹⁷.

A busca pela segurança jurídica se transformou quase que numa crença absoluta, uma verdade a ser alcançada, uma espécie de cruzada, transformando a súmula vinculante como o (único) instrumento apto a assegurá-la, a solução de todos os males, tornando-se costumeiro em todos os discursos (legislativos ou não) essa propalação, surgindo quase um consenso¹¹⁸. Desta forma, esse consenso criado, insuflado por um discurso certas vezes panfletário, oculta algumas sérias variantes. Como nos alerta Warat, nas atividades cotidianas — teóricas, práticas e acadêmicas — os juristas encontram-se fortemente influenciados por uma constelação de representações, imagens, pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos e censura enunciativa, metáforas, estereótipos e normas éticas que governam e disciplinam anonimamente seus atos de decisão e enunciação¹¹⁹. Alguns sem perceber, vão introjetando essa noção de que a súmula vinculante é sinônimo de segurança jurídica, e essa crença “governa e disciplina” as manifestações dos mesmos. E desta forma surge uma doutrina,

¹¹⁷ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. RT. n. 786. abr. 2001. p. 111.

¹¹⁸ A respeito do consenso, Warat enuncia que a argumentação não pode prescindir das opiniões do sentido comum, sendo estas as que tornam confiáveis as conclusões. WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1994. p. 16.

¹¹⁹ WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito*.... p. 13.

ou, se estabelece um dogmatismo¹²⁰ acerca da segurança jurídica¹²¹.

Nesta esteira, José Eduardo Faria diz que a dogmática (ou dogmatismo como preferimos) se constitui como convergência de um amplo conjunto de processos parciais e consequentes, “sendo um dos mais importantes a ênfase à segurança jurídica como certeza de uma razão abstrata e geral, resultante de um Estado soberano, com a subseqüente transposição da problemática científica aos temas da coerência e completude da lei em si mesma”¹²².

Contudo, deve-se proceder com redobrada atenção quando se buscar aplicar e correlacionar a conceituação de segurança jurídica à seara penal. No tocante especificamente à dogmática penal (nessa incluída o direito processual penal), o valor segurança jurídica adota contornos fundamentais para o manejo de seus institutos e compreensão central da matéria, sendo considerado por alguns autores como base dessa ciência¹²³. Vera Regina Pereira de Andrade faz um precioso estudo no qual buscou localizar onde no discurso dogmático enraíza a “promessa de segurança jurídica”¹²⁴. A autora catarinense problematiza tal investigação racionalizando os objetivos do sistema penal com as bases e premissas estabelecidas pela dogmática penal:

“Podemos então pontualizar que na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito (Penal) vigente a Dogmática (Pe-

¹²⁰ Seguimos a denominação de Clèmerson Clève ao fazer uma distinção entre dogmatismo como “cegueira”, ou “miopia” teóricas, diferentemente da dogmática, com viés de ciência. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2ªed. São Paulo: Max Limonad. 2001. p. 107.

¹²¹ Vera Regina Pereira de Andrade afirma que a segurança jurídica é um signo dogmatizado no seu interior; uma ideia-força em nome da qual se fala (tal qual a justiça, como explicitado em item anterior). ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 139.

¹²² FÁRIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). *Desordem e processo: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião de seu 60º aniversário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1986. p. 48.

¹²³ Para Vera Regina Pereira de Andrade, a idéia de “segurança jurídica” é o ponto de convergência que melhor sintetiza a função declarada da Dogmática Penal. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. op. cit. p. 125. Camelluti por sua vez afirma que “la exigencia de la certeza jurídica, en penal, es incluso más imperiosa”. CARNELLUTI, Francesco. *Cuestiones...* p. 292.

¹²⁴ ANDRADE, Vera R. P. *A ilusão de segurança jurídica...* p. 125.

nal), partindo da interpretação das normas (penais) produzidas pelo legislador (nuclearmente o princípio da legalidade) e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema conceitual do crime que, resultando congruente com tais normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade possível das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito Penal que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica e, por extensão, a justiça das decisões penais¹²⁵.

Nesse mesmo viés criminológico, Raúl Zaffaroni e Nilo Batista são precisos:

“O saber jurídico-penal tem por objeto a segurança jurídica ao propor às agências jurídicas que operem otimizando seu exercício de poder para controlar, limitar e reduzir o poder das agências de criminalização primária e secundária. Deste ângulo, a segurança jurídica, mais que segurança por meio do direito, seria a segurança do próprio direito”¹²⁶.

A segurança jurídica no enfoque penal funciona justamente como freio ao poder punitivo, um *standard* regulador¹²⁷. Os vetores garantistas do sistema penal como, por exemplo, os princípios da legalidade, da individualização da pena, dentre outros¹²⁸, que se espalham no campo legislativo e que formam a base do que seja a segurança jurídica na dogmática penal, evidentemente recairão e influenciarão necessariamente de forma decisiva no campo judicial, ou seja, nas decisões do magistrado diante de questões penais. Como bem ressaltado por Vera Regina de Andrade, a dogmática penal insere-se como uma instância comunicacional, cientificamente respaldada, entre as normas penais em abstrato (programação penal) e a sua aplicação

¹²⁵ ANDRADE, Vera R.P. *A ilusão de segurança jurídica....* p. 125.

¹²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro: vol. I: teoria geral do direito penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003. p. 153.

¹²⁷ Para Vera Regina de Andrade, a segurança jurídica seria um “vigoroso esforço neutralizador” do exercício do poder punitivo. ANDRADE, Vera. op. cit. p. 142.

¹²⁸ Vera Regina acrescenta os princípios do interesse geral e da igualdade jurídica. Idem, ibidem.

(decisões judiciais), provendo o instrumental conceitual adequado e necessário para converter as decisões programáticas do legislador nas decisões programadas do juiz¹²⁹.

Acompanhando tal raciocínio, percebe-se que a promessa da dogmática penal circunscreve o âmbito da tutela dos Direitos Humanos dos cidadãos ditos delinquentes, delimitando o problema dos limites da violência institucional da pena como resposta à violência individual do delito. Trata-se, portanto, de segurança de não serem punidos arbitrária e desigualmente; ou da maximização das garantias do imputado de minimização do arbítrio punitivo¹³⁰.

É nesse contexto que deve ser enxergada a segurança jurídica, mormente correlacionada com o fim do processo penal. Figueiredo Dias identifica a segurança como um dos fins do processo penal, não sendo, contudo, o único¹³¹. Julio Maier, de forma sintética, expõe a finalidade do processo penal:

*“El Derecho procesal tiene como meta mediata valores, en tanto cumple su función de realizar el Derecho material cada vez que se requiere su actuación ante la autoridad competente para impornelo, pero, inmediatamente, se guía por outro orden de valores, entre los cuales sobresalen, por um lado, la **seguridad jurídica** y, por el outro, la organización de um método de discusión que se asiente sobre la piedra basal de la oportunidad efectiva para la **defensa** de los intereses del justiciable y de la*

¹²⁹ Idem. p. 125/126.

¹³⁰ ANDRADE, Vera R. P. op. cit. p. 140. Nesta linha, Rubens Casara afirma que pela busca da radicalização democrática do processo penal, dentre outras medidas, deve-se propor um modelo que atenda os anseios de segurança jurídica (na perspectiva de “segurança dos direitos”) de uma sociedade brasileira que ainda transpira insegurança política e econômica. CASARA, Rubens R. R. *Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004. p. 85/86.

¹³¹ A justiça seria outro fim do processo penal. Problematisa o autor lusitano o “combate da justiça com a segurança jurídica”, afirmando que a questão é saber se será esse conflito será suscetível de se precipitar num critério prático utilizável para dar um começo de “solução das consabidas” antinomias da Ideia de Direito, ou se, pelo contrário, se manterá no domínio das declarações descomprometidas que podem ser postas ao serviço de qualquer realidade processual e que, portanto, cobrem igualmente a insegurança jurídica insuportável (em nome dos limites que à segurança são postos pela justiça) e a injustiça mais escandalosa (em nome dos limites que à justiça são postos pela segurança). DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra. 1974. (2004, reimpressão). p. 43/44.

imparcialidad del tribunal frente al caso (fair trial)”¹³².

Na determinação do fim ideal do processo há ainda que se alcançar mais um degrau relativamente aos puros valores da “justiça” e da “segurança”, não cedendo à tentação fácil de os absolutizar: é um fato comprovado nada haver de mais perigoso que a absolutização de valores éticos singulares, pois aí se inscreverá a tendência irresistível para uma santificação dos meios pelos fins¹³³.

Ainda seguindo a lições de Figueiredo Dias, pode-se conceituar o fim do processo penal em *obstar à insegurança do direito que necessariamente existe “antes” e “fora” daquele, declarando o direito do caso concreto, definindo o que para este caso é, hoje e aqui, o justo*¹³⁴. O processo penal visa à *comprovação e realização, a definição e a declaração do direito do caso concreto, hit et nunc* válido e aplicável¹³⁵.

Declarar o direito do caso concreto é reconhecer a complexidade prática de buscar superar as antinomias que surgem no processo penal. A decisão terá de apresentar três qualidades autonomizáveis: *ser lograda de modo processualmente admissível e válido; ser justa segundo o direito substantivo; tornar seguro e estável o direito declarado*. Todas essas qualidades são igualmente relevantes; a sua atuação simultânea e a sua ponderação nos casos de conflito fazem a grandeza e a dificuldade deste ramo de direito. Mas, se repararmos, todas aquelas qualidades são cobertas, da melhor forma, pela ideia da *declaração do direito do caso*.

Não basta a *previsibilidade das decisões* nem a construção conceitual para prover segurança jurídica¹³⁶. Aquela função de prover segurança jurídica não se satisfaz com uma mera previsibilidade das decisões: *segurança jurídica não é segurança de resposta*. Tudo

¹³² Prossegue o autor argentino ao afirmar que “*de la seguridad jurídica dependen, por ej., la incolumidad de la cosa juzgada (ne bis in idem), esto es, em definitiva, la necesidad de poner fin em algún momento a la discusión, y la obligación de administrar justicia a pesar del conocimiento imperfecto del caso; de la defensa de los intereses comprometidos dependen las formas del procedimiento, casi siempre impuestas para garantizar su eficiencia; la regulación del tiempo em el procedimiento se vincula con ambos*”. MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal: tomo I: fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2004. p. 108.

¹³³ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 45.

¹³⁴ Idem. p. 46.

¹³⁵ Idem. ibidem.

¹³⁶ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro...* p. 152/153.

dependerá de qual resposta segura se trate, pois o estado de polícia costuma oferecer certa segurança de resposta, embora o positivo nesses casos pode ser precisamente eludi-la¹³⁷. Canotilho corrobora tal entendimento:

“É diferente falar em segurança jurídica quando se trata de caso julgado e em segurança jurídica quando está em causa a **uniformidade ou estabilidade da jurisprudência**. Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irreduzível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão “revogar” ou “anular”, mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável¹³⁸.”

Diante disso, percebe-se que o que era tão consensual e cientificamente provado, ou seja, que a segurança jurídica seria atingida tão somente pela adoção da súmula vinculante, recai em premissa equivocada, principalmente quando cotejada com o objeto e fim do processo penal. Já nos diz Warat que os homens são induzidos a aceitar fatos como provados, na medida em que podem, esses fatos,

¹³⁷ Segundo Zaffaroni e Batista, não é tampouco suficiente a *construção conceitual* para que o discurso jurídico garanta a segurança jurídica. Uma construção conceitual especulativa, elaborada em função de dados legais e dados da realidade selecionados para não desvirtuá-la, racionalizando deste modo qualquer exercício de poder punitivo, mas que omita ser guiada por um sentido político (que não se pergunte para que serve) não é capaz de prover segurança jurídica, por mais previsíveis que sejam as decisões jurisdicionais que ela propuser. Idem. p. 153/154.

¹³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*.... p. 265. De mesma opinião é Ingo Sarlet, ao afirmar que a adoção irrestrita do instituto das súmulas vinculantes, a despeito de estar servindo pretensamente a causa da segurança jurídica, em muitos casos está, em verdade, servindo a uma determinada e indesejável concepção de segurança jurídica compreendida como absoluta previsibilidade das decisões judiciais e uma completa sujeição ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, que passam, a depender da natureza do provimento, a estar investidos de funções de cunho tipicamente legislativo. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica...In: ROCHA, Carmen Antunes. op. cit. p. 93/94.

serem associados a valores socialmente aceitos; e são forçados a aceitar valores na medida em que são levados a crer que existem fatos que confirmam o caráter positivo desses juízos de valor¹³⁹.

Bauman escreve que a promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas a segurança sem liberdade equivale à escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite, sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre). Essa relação também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser segurança dos outros; e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser liberdade dos outros¹⁴⁰.

É nessa tensa relação (identificada em muitos aspectos com o processo penal) que se insere a necessidade da análise do caso concreto, dispensando de pronto soluções simplistas e arbitrárias como a implementação de súmula ou precedentes com efeito vinculante.

Muitos doutrinadores afirmam que a segurança jurídica não deve prevalecer sobre a justiça¹⁴¹. Porém, se não se sabe ao certo a definição precisa do quem vem a ser justiça (no tocante à isonomia), não podemos discutir, em termos abstratos e genéricos, o que seja segurança jurídica senão em relação ao caso concreto. A justiça será feita quando o Judiciário, em sede processual penal analisar o caso concreto, respeitando as garantias formais esculpidas na Constituição Federal. Procedendo desta forma será assegurada sim a segurança jurídica do jurisdicionado (leia-se: réu) de ter o seu caso detidamente analisado por um juiz imparcial, imbuído do espírito de um *fair trial*. Segundo Figueiredo Dias o ideal de segurança entraria constantemente em conflitos frontais e inescapáveis com a justiça; e, prevalecendo sempre ou sistematicamente sobre esta, por-nos-ia face a uma *segurança do injusto* que, hoje, mesmo os mais cépticos têm de reconhecer não passar de uma segurança aparente e ser só, no fundo, a força da tirania¹⁴².

¹³⁹ WARAT, Luís Alberto. *Introdução...* p. 144.

¹⁴⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual...* p.24.

¹⁴¹ Por todos, DIAS, Jorge de Figueiredo. p. 42

¹⁴² Idem. p. 46.

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS E COMPARATIVOS À SÚMULA VINCULANTE

2.1. Histórico sucinto da origem do efeito vinculante das decisões judiciais no ordenamento jurídico nacional. Assentos da Casa de Suplicação

S em pretensão de se fazer uma longa e minudente explanação acerca dos antecedentes remotos da chamada súmula vinculante, objetiva o presente item retroceder um pouco na história do direito brasileiro com o fim de demonstrar a origem da força vinculante (e quase normativa) dos precedentes judiciais. Para parte da doutrina, o instituto dos assentos pode ser considerado a primeira experiência brasileira com decisões judiciais de efeito vinculante¹⁴³. E para tanto, se tomará como ponto de partida estágio embrionário (ou melhor pré-embrionário) do direito brasileiro, ou seja, o direito lusitano, mais precisamente, à partir das Ordenações Afonsinas¹⁴⁴.

Em 1447¹⁴⁵, com a promulgação das referidas Ordenações, houve

¹⁴³ Por todos: SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá. 2006. p. 178.

¹⁴⁴ Apesar das Ordenações Afonsinas estarem vigendo em Portugal quando da descoberta do Brasil (1447-1521), segundo os professores Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, as mesmas não tiveram qualquer influência nas relações jurídicas em nosso território, tratando-se de verdadeira compilação de regimentos, concordatas e leis régias anteriores, que naquela ocasião disputavam autoridade e competência com o direito canônico, com o direito romano e os direitos locais. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 413.

¹⁴⁵ Na realidade, como revela Cândido Mendes, há dúvida acerca da data correta da publicação destas Ordenações, se se deu em 1446 ou 1447, sendo “mais presumível” a última. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal*. Ed. fac-similar da 14ª ed., 1870. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial. 2004. vol. 38-A. p. XX.

a unificação do direito de Portugal¹⁴⁶, decorrendo da necessidade de organização de uma coletânea legislativa do Reino, para evitar-se a incerteza resultante da dispersa legislação existente, facilitando a administração da justiça¹⁴⁷. Cândido Mendes nos revela que o “código affonsino”, como código completo, dispondo sobre quase todas as matérias da administração de um Estado, foi o primeiro que se promulgou na Europa¹⁴⁸. Nuno Gomes da Silva diz que substancialmente as Ordenações Afonsinas constituem uma compilação atualizada e sistematizada das várias fontes de direito que tinham aplicação em Portugal, sendo em grande parte formada por leis anteriores, respostas a capítulos apresentados em Cortes, concórdias e concordatas, costumes, normas das *Siete Partidas e disposições dos direitos romano e canônicos*¹⁴⁹.

Nesta época, no ordenamento jurídico português, prevalecia o princípio de que a interpretação autêntica das leis constituía prerrogativa exclusiva do monarca (a sentença do rei era considerada precedente judicial com eficácia vinculante para casos análogos), que a exercia mediante a publicação de leis interpretativas ou quando proferia julgamento presidindo as sessões da Casa de Suplicação¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

Em 1521, após muita confusão, são publicadas as Ordenações Manuelinas¹⁵², motivadas pelo deslumbramento do rei D. Manoel pelas descobertas da Índia e da América, que segundo Cândido Mendes, “com a felicidade que em tudo o acompanhava, entendeu que

¹⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial...* p. 129.

¹⁴⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson. 2004. p. 52.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Cândido Mendes. Op. cit. p. XXI.

¹⁴⁹ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 311.

¹⁵⁰ TUCCI, J. R. Cruz e. op. cit. p. 131.

¹⁵¹ Segundo Evandro Lins e Silva, “na monarquia portuguesa, das sentenças proferidas pelos sobre-juízes, ouvidores ou o corregedor da Corte, não era permitido apelar, dada a alta condição hierárquica do julgador, reconhecendo-se ao litigante vencido o direito de recorrer ao Rei, através da “sopricação”, baseada na *supplicatio romana*”. SILVA, Evandro Lins e. *Efeito vinculante das súmulas: os assentos da Casa de Suplicação*. ADV: advocacia dinâmica- informativo. São Paulo. v. 17. n. 35. 1997. p. 448/449. Cândido Mendes diz que “chamava-se Casa da Supplicação, porque supplica ou supplicação he a petição dirigida ao Príncipe, que se suppunha sempre presidir aquelle Tribunal, para reparar o rigor da justiça”. ALMEIDA, Cândido Mendes. *Código phillipino...* p. 17.

¹⁵² De mesma forma que as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas não tiveram aplicação no Brasil. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 413.

nada podia no futuro melhor assinalar o seu reinado do que huma Legislação cunhada com o seu nome”¹⁵³. Tal diploma se limitou a recolher e incluir novas leis e pequenas alterações topológicas na disposição dos textos das ordenações anteriores¹⁵⁴. No prólogo das ordenações vinha o objetivo claro de “reformatar e fazer nova compilação, tirando todo o sobejo e supérfluo, e adendo no minguido, suprimindo os defeitos, concordando com a contrariedades, declarando escuro e difícil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem e perfeitamente entender”¹⁵⁵.

Tal como nas Ordenações Afonsinas, quando houvesse lacuna, ou seja, quando nenhuma das fontes (lei, estilo da Corte e costume, geral ou local)¹⁵⁶ se pronunciasse sobre a questão jurídica em análise, ou quando a matéria não fosse de pecado e não havendo norma aplicável entre o direito romano, a matéria seria remetida à decisão do rei¹⁵⁷.

Apesar de não ter aplicação em território nacional, foi na vigência dessas ordenações que surgiu a prática de se socorrer aos chamados “assentos da Casa de Suplicação”¹⁵⁸ como fonte interpretativa do direito, objetivando a uniformização judicial¹⁵⁹, e equiparando-se à força de lei¹⁶⁰, como demonstrado por Marcello Caetano:

“(...) havendo dúvidas quanto ao sentido dalguma lei deveriam ser expostas ao Regedor da Casa de Suplicação (que era um dos tribunais da corte em que se convertera a antiga primeira mesa da sua Casa de Justiça), para em “relação” com os desembargadores se decidir da interpretação a adoptar. Está aqui a origem dos assentos da Casa de Suplicação”¹⁶¹.

Tal disposição se encontrava no livro V, título LVIII das Orde-

¹⁵³ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código phillipino...* p. XXII.

¹⁵⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 413.

¹⁵⁵ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português...* p. 334.

¹⁵⁶ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. op. cit. p. 338.

¹⁵⁷ Idem. p. 342.

¹⁵⁸ Inobstante o fato de já nas Ordenações Afonsinas os “estilos da Corte” constarem como fonte de direito (Livro II, tit. IX), foi nas Manuelinas que surgem os assentos com força de lei. SILVA, Nuno. op. cit. p. 376.

¹⁵⁹ SILVA, Nuno J. G. da. op. cit. p. 344.

¹⁶⁰ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo. Op. Cit. p. 419.

¹⁶¹ CAETANO, Marcello. *Lições de história do direito português. apud PIERANGELI, José Henrique. Processo penal...* p. 57.

nações Manuelinas¹⁶² e revela o porquê da Supremacia da Casa de Suplicação relativamente aos outros tribunais: é que era o próprio rei que se deslocava à Suplicação, enquanto que, nas restantes judicaturas, eram os tribunais que se deslocavam ao rei, ao paço real¹⁶³.

Entre o período de vigência das Ordenações Manuelinas e das Filipinas, surgiu a Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão. Durante a menoridade de D. Sebastião, sendo regente o cardeal D. Henrique, observou-se que após a compilação das Manuelinas, houve uma enorme atividade legislativa, com a edição de numerosas leis e ao mesmo tempo com a revogação de alguns dispositivos das Ordenações¹⁶⁴. Além disso, havia muitas novas determinações da relação da Casa de Suplicação, que pelo tempo, segundo o Alvará de aprovação da coleção de 1569, “se moverão sobre o entendimento de algumas das ditas ordenações”¹⁶⁵.

Neste estado de confusão, foi encarregado o procurador licenciado da Casa de Suplicação, Duarte Nunes de Leão de compilar todas as leis que se encontravam nas Casas de Suplicação e do Cível, na Chancelaria-mor e ainda outras que se encontravam nos livros da fazenda, dos contos do reino, conselho de Lisboa e da Torre do Tombo¹⁶⁶.

Ao assumir o trono lusitano em 1581, Filipe I (II, de Espanha) mandou refundir as ordenações, diante de imperiosa necessidade de compilar a legislação que continuou a aumentar exuberantemente, tanto nos reinados de D. Sebastião e de D. Henrique, como no próprio Filipe I¹⁶⁷. Mas somente em 1603 que são promulgadas as Ordenações Filipinas, já no reino de D. Filipe II (III, de Espanha), ficando revogadas todas as leis que não tivessem sido incorporadas,

¹⁶² Livro V, tit. LVIII, §1: “Quando os Desembargadores que forem no despacho d’algum feito, todos ou alguns deles tiverem alguma duuida em alguma nossa Ordenaçãem do entendimento della, vam com a dita duuida ao Regedor, o qual na Mesa Grande com os Desembargadores que lhe bem parecer a determinará, e segundo o que hi for determinado se poerá a sentença. E se na dita Mesa forem isso mesmo sem duuida, que ao Regedor pareça que he bem de No-lo fazer, pera Nós loguo determinamos, No-lo fará saber, pera Nós nisso Prouermos (...) a determinaçam que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar mandará o Regedor escreuer no liurinho pera depois nom vir em duuida”. SILVA, Nuno J. G. da. *História do direito português...* p. 343 e 374.

¹⁶³ SILVA, Nuno J. G. da. op. cit. p. 343.

¹⁶⁴ SILVA, Nuno. op. cit. p. 347/348.

¹⁶⁵ SILVA, Nuno. op. cit. p. 348.

¹⁶⁶ SILVA, Nuno. op. cit. p. 348.

¹⁶⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal...* p. 58/59.

salvo as que estivessem positivadas no livro da Casa de Suplicação¹⁶⁸.

Segundo Nuno Gomes da Silva, as Ordenações Filipinas constituíam uma compilação “escassamente inovadora”, tendo na realidade a preocupação principal de reunir, num mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a coleção de Duarte Nunes de Leão e as leis posteriores¹⁶⁹. No entanto, adverte o historiador lusitano, sendo as Ordenações Filipinas uma atualização das Manuelinas (e não uma legislação castelhanizante), absorveu um de seus maiores defeitos: a falta de clareza e a obscuridade de muitas disposições¹⁷⁰.

Foram as Ordenações Filipinas que tiveram aplicação no Brasil, principalmente após a criação do Tribunal de Relação da Bahia¹⁷¹, constituindo, segundo os professores Nilo Batista e Raúl Zaffaroni, a referência central, escrita, da programação criminalizante brasileira¹⁷². E foi durante a vigência destas que se observou com mais precisão a utilização de precedentes judiciais vinculantes com força de lei, sendo os assentos das Casas de Suplicação e do Porto verdadeira fonte próxima e interna do chamado “Código Philippino”, assim denominado por Cândido Mendes de Almeida¹⁷³. Segundo Nuno Gomes da Silva, instituía-se um processo de interpretação autêntica de leis que tivessem suscitado dúvidas, acrescentando que as decisões esclarecedoras, os Assentos da Casa de Suplicação, eram registrados num livro chamado “O Livro dos Assentos” e tinham valor vinculativo para casos futuros semelhantes¹⁷⁴.

O mesmo Cândido Mendes transparece a noção de que “o melhor

¹⁶⁸ SILVA, Nuno. op. cit. p. 365.

¹⁶⁹ SILVA, Nuno. op. cit. p. 365/366.

¹⁷⁰ SILVA, Nuno. op. cit. p. 366.

¹⁷¹ PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. p. 67.

¹⁷² Nunca é demais lembrar que a vigência das Ordenações Filipinas perdurou, no ordenamento jurídico português, até a edição do Código Civil de 1867 e, entre nós, até o advento do Código Civil de 1916 (as disposições do livro IV) e no âmbito criminal, até o Código Criminal do Império de 1830. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 419.

¹⁷³ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philippino...* p. XXVI.

¹⁷⁴ Cabe ressaltar que, na segunda metade do séc. XVII, Domingos Antunes Portugal em estudo realizado afirmava que uma sentença apenas proferida pela Suplicação não constituía precedente vinculativo, relativamente ao julgamento de casos futuros semelhantes; baseando no estudo da evolução do direito romano, reafirmava que os desembargadores, em casos novos, deveriam decidir diferentemente, “como todos os dias costuma acontecer”. SILVA, Nuno. op. cit. p. 375 e 380.

interprete das Leis he o uso de julgar”¹⁷⁵, compilando em sua preciosa obra “Auxiliar Jurídico” todos os assentos da Casa de Suplicação “desde 1603 até a época de nossa independência; e, ainda por utilidade da consulta, os que se publicarão em Portugal até 30 de Agosto de 1832, e no Brazil até a epocha da extinção do Tribunal”¹⁷⁶.

Não só os “assentos” foram compilados como também os “estilos”¹⁷⁷. Ambos tinham por finalidade fixar a verdadeira inteligência da lei e, quando tomados na “Meza Grande” da “Casa ou Relação” — uma espécie de plenário daqueles tribunais — tinham força de lei¹⁷⁸, segundo disposição legal prevista no Livro I, título 5, §5 das Ordenações Filipinas¹⁷⁹ e na Lei de 18 de agosto de 1769, §4, a conhecida como a “Lei da Boa Razão”¹⁸⁰.

Na estrutura judiciária lusitana existiam apenas dois tribunais superiores (à exceção é claro das Relações ultramarinas): a Casa de Suplicação e Casa do Cível, e esse, após determinação de Filipe I em 1582, tornou-se a Relação da Casa do Porto¹⁸¹. A Relação do

¹⁷⁵ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas*. vol. I. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. (reprodução “fac-símile” da edição de 1869). p. vi.

¹⁷⁶ Idem, ibidem.

¹⁷⁷ Foram compilados de mesma sorte na obra citada todos os “estilos” da Casa de Suplicação e da Casa do Cível, conhecida como Casa do Porto. Idem, ibidem. ALMEIDA, Cândido Mendes de. op. cit. p. vi

¹⁷⁸ Idem, ibidem.

¹⁷⁹ “E havemos por bem, que quando os Desembargadores, que forem no despacho de algum feito, todos ou algum delles tiverem alguma duvida em alguma Ordenação do entendimento della, vão com a duvida ao Regedor; o qual na Mesa Grande com os Desembargadores, que lhe bem parecer, a determinará, e segundo o que ahi for determinado, se porá a sentença. E a determinação, que sobre o entendimento da dita Ordenação se tomar, se mandará o Regedor screver no livro da Relação, para depois não vir em duvida. E se na dita Mesa forem isso mesmo em duvida, que ao Regedor pareça, que he bem de nol-o fazer saber, para a Nós logo determinarmos, nol-o fará saber, para nisso provermos. E os que em outra maneira interpretarem nossas Ordenações, ou derem sentenças em algum feito, tendo algum delles duvida no entendimento da Ordenação, sem ir ao Regedor, será suspenso até nossa mercê”.

¹⁸⁰ §1: “Quanto à sobre dita Ord. liv. 1, tit. §4: mando que as Glosas de Chanceller da Casa de Suplicação nelle determinadas se observem, e pratiquem inviolavelmente, e sem controversia...”. §4: “Quanto à outra Ord. liv. 1, t. 5, §5: mando que a disposição delle estabeleça a praxe inviolável de julgar sem alteração alguma, qualquer que ella seja: E que os Assentos já estabelecidos, que tenho determinado, que sejam publicados, e os que se estabelecerem daqui em diante sobre as interpretações das Leis, constituição Leis inalteraveis para sempre se observarem como taes debaixo das penas abaixo estabelecidas”.

¹⁸¹ Nuno Gomes da Silva nos dá conta que essa decisão do monarca baseou-se em questões

Porto era a segunda e última instância nas apelações e agravos das comarcas do Norte, em matéria criminal, sendo também em matéria cível, exceto quando o valor da causa não ultrapassasse a quantia de cem mil réis nos bens móveis e de oitenta nos bens imóveis¹⁸².

Apesar da clara subordinação da Relação do Porto em relação à Casa de Suplicação, os desembargadores daquela se autoatribuíram a prerrogativa de também proferir assentos, nos moldes dos editados pela Suplicação¹⁸³. Tal “abuso”, segundo Nuno Gomes da Silva, foi seguido pelas Relações no Ultramar como em Goa (1568), na Bahia (1603) e no Rio e Janeiro (1751), vez que entendiam possuir também tal atribuição de proferir interpretações autênticas¹⁸⁴. Esta confusão só seria dissipada justamente com o advento da “Lei da Boa Razão”.

Há de se fazer uma distinção entre assento e estilo. Estilo se entendia como a jurisprudência constante dos tribunais superiores — podendo ser proferida pela Casa de Suplicação e Relações — e que poderiam versar sobre questões processuais (ordem do processo) ou sobre questões de mérito de qualquer natureza¹⁸⁵ (que nunca poderiam ser *contra legem*)¹⁸⁶. Segundo Corrêa Telles “chama-se *Estylo* o uso acerca do modo de praticar o que as Leis mandão”¹⁸⁷. De acordo com Borges Carneiro, os estilos da Corte, sendo bons e legitimamente estabelecidos, constituíam lei,

geográficas, haja vista os dois tribunais superiores estarem localizados em Lisboa, o que causava grande incômodo aos moradores das comarcas de Trás-os-Montes, Entre Douro e Minho, e Beira. Sendo assim, deslocou a Casa do Cível para a Cidade do Porto, alterando-lhe a denominação. SILVA, Nuno. op. cit. p. 375.

¹⁸² SILVA, Nuno. op. cit. p. 376.

¹⁸³ SILVA, Nuno. op. cit. p. 376.

¹⁸⁴ Idem, ibidem.

¹⁸⁵ Havia estilos sobre matéria criminal, tratando desde a execução de pena, até a tipificação de condutas criminosas, passando por questões do “processo criminal”. cf ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico*. vol. I... p. 96/98.

¹⁸⁶ SILVA, Nuno. Op. cit. p. 382. De mesma sorte diz Corrêa Telles que “hum esylo não deve ser contrário a Lei alguma do Reino; sendo-o reputa-se *corruptella*”. CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario critico à Lei da Boa Razão*. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas*. vol. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. (reprodução “fac-símile” da edição de 1869).p. 450.

¹⁸⁷ Os Comentários críticos de José Homem Corrêa Telles foram reproduzidos na íntegra em CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario critico à Lei da Boa Razão*. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas*. vol. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. (reprodução “fac-símile” da edição de 1869).p. 449

devendo-se observá-los como tal¹⁸⁸. E prossegue o autor:

“Por estylos da Côrte se entendem os da Casa da Supplicação. Os da Casa do Porto se mandarão guardar na da Supplicação emquanto applicaveis; que esta conformasse os seus com os adquella emquanto fosse possivel; e que cada huma conservasse os bons. (...) Os Estylos particulares das Relações, sendo exorbitantes das regras de Direito, não podem estender-se a outros lugares”¹⁸⁹.

Nos comentários críticos de Corrêa Telles ao parágrafo segundo da “Lei da Boa Razão”¹⁹⁰, há a expressa e clara noção da superioridade hierárquica dos assentos (que só podiam ser editados pela Casa de Suplicação como visto) aos estilos ao dizer que “*tomava-se Assento na Meza grande somente quando he preciso interpretar alguma Lei do Reino; ou quando se pretende declarar por legitimo algum estylo*”¹⁹¹. Ou seja, os assentos possuíam ainda a função de legitimar, reconhecer aplicabilidade e dirimir dúvida acerca do conteúdo dos estilos, como se depreende da leitura do §5 da Lei da Boa Razão.

Corrêa Telles enumera dois requisitos para que os estilos adquirissem força de lei: os estilos fossem oriundos da Casa de Suplicação, “porque os das outras Relações não são estylos da Corte” e que fossem confirmados por Assentos¹⁹².

No que tange à autoridade, superioridade e a função de intérprete máximo do ordenamento jurídico, esclarecedor é o §8 da Lei da Boa Razão em relação à Casa de Suplicação:

“Attendendo a que a referida Ord. liv. 1, tit. 5, §5 não foi es-

¹⁸⁸ Borges Carneiro, “Direito civil de Portugal” *apud* ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar Jurídico*. vol. I. p. 47.

¹⁸⁹ Borges Carneiro, *op. cit.* *apud* ALMEIDA, Cândido Mendes de. *op. cit.* vol. I p. 47. Tal assertiva era baseada no assento CCXXII, escrito no Livro 2 da Suplicação, fl. 90., de 13 de fevereiro de 1755. ALMEIDA, Cândido Mendes de. *op. cit.* vol. I. p. 244/245.

¹⁹⁰ CORRÊA TELLES. José Homem. *op.cit.* p. 448.

¹⁹¹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁹² Caso algum desembargador da Suplicação quisesse embasar seu julgamento um estilo que ainda não estivesse tomado por Assento, deveria primeiro requerê-lo ao Regedor. Acrescenta Corrêa Telles que “*se os estylos antes de confirmados não tem força de Lei, será barbaridade condemnar alguém pela inobservância delles, porque pena sem Lei he effeito sem causa*”. CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario critico...* p. 450.

tabelecida para as Relações do Porto, Bahia, Rio de Janeiro e India, mas sim, e tão somente para o Supremo Senado da Casa da Suplicação: E attendendo a ser manifesta a differença, que há entre as ditas Relações subalternas, e a Suprema Relação de Minha Côrte; a qual antes pela Pessoal Presidencia dos Senhores Reys Meus predecessores; e depois pela proximidade do Throno, e facilidade de recorrer a elle; pela authoridade de seu Regedor, e pela maior experiencia dos seus doutos, e provectoros Ministros; não só mereceo a justa confiança que della fizerão sempre os ditos Senhores Reys Meus Predecessores para a interpretação das Leis; mas também constitue ao mesmo tempo nos Assentos, que nella se tomo sobre esta importante materia toda quanta certeza póde caber na providencia humana para tranquilizar a Minha Real Consciencia, e justiça dos Litigantes sobre os seus legitimos direitos (...)”

Cabe ressaltar que segundo dispôs o Assento de 14 de dezembro de 1724, em havendo dúvida entre os membros da Suplicação, devia a mesma ser submetida ao Soberano¹⁹³.

Contudo, Cândido Mendes revela que não obstante a Casa de Suplicação ser o primeiro Tribunal de Justiça da monarquia portuguesa, e possuir funções exclusivas como anteriormente demonstrado, a mesma “não passava de uma Relação graduada, cujas sentenças podiam ser reformadas pela Mesa do Desembargo do Paço”¹⁹⁴. Excluída a sua presidência pelo Regedor, e fictamente pelo Soberano e a autoridade de seus Assentos, a importância da Suplicação era no fundo igual a das outras Relações da Ásia, América e Casa do Porto¹⁹⁵.

Um fato curioso e que demonstra a íntima ligação e interdependência da Casa de Suplicação ao Rei é que a princípio sua sede era móvel, ou seja, acompanhava a Côrte a todos os lugares. Cândido Mendes afirma que a história aponta vários lugares onde a Suplicação funcionou além de Lisboa: Évora, Torres Novas, Abrantes,

¹⁹³ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código philippino...* p. 18.

¹⁹⁴ ALMEIDA, Cândido Mendes de. op. cit. p. 17.

¹⁹⁵ As Relações da Índia ou de Gôa, do Brasil, posteriormente da Bahia, do Rio de Janeiro, Maranhão e Pernambuco tinham nos Vice-Reis e Capitães-Generais os seus respectivos Governadores, mas o verdadeiro chefe era o Chanceler. ALMEIDA, Cândido Mendes de. op. cit. pp. 15 e 17.

Monte-mor o Velho, Almeirim, Cintra, Golegã, Castanheira, Arruda, Vidigueira, dentre outras localidades¹⁹⁶. Porém, a Casa de Suplicação, desde o reinado dos Filipes, nunca mais se mudou de Lisboa até a sua extinção em 1826. Mas com a vinda da Família Real em 1808 para o Brasil, criou-se outro tribunal da mesma natureza e designação, a que ficaram subordinadas as causas que se julgavam na antiga Relação do Rio de Janeiro¹⁹⁷. Este novo tribunal foi criado pelo Alvará de 10 de maio de 1808, sofrendo diversas, mas pouco importantes modificações, até sua extinção em 1833, cabendo ressaltar que os membros daquela Relação passaram a servir como Desembargadores da Casa de Suplicação do Brasil, sendo por esta substituída a mesma Relação do Rio de Janeiro, que foi extinta¹⁹⁸.

Durante o Império, várias leis regularam no Brasil o regime jurídico dos assentos. A Lei nº 2.684, de 23.10.1875, reconheceu a validade dos assentos da Casa de Suplicação (já instalada no Rio de Janeiro) em território nacional¹⁹⁹. No entanto, proclamada a República, os assentos desapareceram, mas, contudo não a idéia de uniformizar a jurisprudência²⁰⁰, como será demonstrado no próximo capítulo.

2.2. *Common Law* e Direito Romano-Germânico. Jurisprudência, precedentes e lei

Esta parte da presente dissertação visa à necessária análise do enfoque dado e do papel desempenhado pela jurisprudência e dos precedentes (através dos tribunais), como da própria lei, nas duas grandes “famílias” do direito moderno, quais sejam, as de tradição *common law* e romano-germânica, ou como alguns denominam, *civil law*. Tendo em vista um dos vetores do tema central deste trabalho, qual seja, o estudo da súmula vinculante, imperioso ao menos uma breve incursão na dicotomia representada por esses dois sistemas

¹⁹⁶ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico*: vol. I...p. 111.

¹⁹⁷ Idem, p. 9.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código phillippino*.... p. 9.

¹⁹⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998. p. 94.

²⁰⁰ Idem, *ibidem*.

jurídicos²⁰¹, vez que existe, como sabido, instituto análogo a esse (e inspirador desse, como veremos no capítulo IV da dissertação) nos países de tradição da *common law*.

Não se tem aqui a pretensão de estudar propriamente as fontes do direito de cada um desses sistemas, que nas palavras de Miguel Reale, indicam os processos de produção de normas jurídicas e pressupõem sempre uma estrutura de poder que se relaciona diretamente com o Estado²⁰². Tal estudo demandaria uma atenção muito mais profunda para ser no mínimo fiel a esse importantíssimo e denso tópico, vez que tangencia outras áreas do conhecimento humano (história, sociologia, política, filosofia etc.).

Busca-se aqui apenas estabelecer a importância dada por esses sistemas, como denominado por Cappelletti²⁰³, ao “direito jurisprudencial” ou “judiciário”, expressão a qual o autor italiano diz ser de Jeremy Bentham, e ao “direito legislativo”, por assim dizer, remontando um pouco a origem dessas famílias.

É certo que a prevalência desta ou daquela outra fonte depende exclusivamente de circunstâncias sociais e históricas, pois não há uniformidade entre os diversos países e nas diferentes épocas quanto às formas de elaboração do direito²⁰⁴. Uma função muito diferente é atribuída à lei, ao costume, à jurisprudência, à doutrina, à equidade nos diferentes sistemas²⁰⁵. O grande comparatista René David percutientemente afirma que:

“Quando se estuda um direito estrangeiro, é necessário saber que as idéias no nosso país, referentes às relações que existem

²⁰¹ Evidentemente não se está negligenciando a existência de outros ordenamentos, que não se encaixam necessariamente nesses dois apresentados, como por exemplo, os ordenamentos cujas fontes se interligam e derivam das orientações religioso-culturais, como direito muçulmano, hindú etc. Segundo René David, em alguns países da África, Ásia e Extremo Oriente, houve resistência à colonização européia (na qual se encaixa o sistema jurídico adotado) devido às mesmas estarem ligadas a crenças dogmáticas religiosas, que opuseram um obstáculo à recepção desses direitos e das concepções jurídicas do Ocidente. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. trad. por Hermínio Carvalho. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 509/510.

²⁰² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 139.

²⁰³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993 (reimpressão, 1999).

²⁰⁴ REALE, Miguel. op. cit. p. 141.

²⁰⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo....* p. 15.

entre estas diferentes fontes possíveis das regras jurídicas, não são as mesmas em todos os países e que os métodos de raciocínio, aplicados pelos juristas para a descoberta das regras de direito e o desenvolvimento do corpo o direito, podem ser, por consequência, variados”²⁰⁶.

A simplificação em classificar em dois sistemas — que é imposta desde as primeiras aulas nos bancos universitários — a imensidão de ordenamentos jurídicos, encerra, como toda a generalização, perigosa probabilidade de cometimento de injustiças e análises míopes das particularidades de cada ordenamento. Porém, se se considerar o teor e o conteúdo das regras desses ordenamentos, percebe-se que a diversidade é bem menor quando se consideram elementos, mais fundamentais e mais estáveis, com a ajuda dos quais se podem descobrir as regras, interpretá-las e determinar o seu valor²⁰⁷. Diante disso, é sim possível o agrupamento dos diferentes direitos em “famílias”, sendo essa divisão taxonômica evidentemente desligada de conexões biológicas, recorrendo-se a ela unicamente para fins didáticos, valorizando as semelhanças e diferenças existentes entre elas.

A “família” romano-germânica agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano, sendo as suas regras de direito concebidas como regras de conduta intimamente ligadas a questões de justiça e moral²⁰⁸, sendo que muitos dos elementos deste sistema derivam de fontes diversas do direito romano. Como cediço, essa “família” tem o seu berço na Europa continental, e formou-se graças aos esforços das universidades do Velho Mundo, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base nas compilações de Justiniano, uma ciência jurídica comum a todos, apropriada às condições do mundo moderno²⁰⁹.

A denominação romano-germânica foi escolhida para homenagear os trabalhos comuns desenvolvidos ao mesmo tempo nas universidades dos países latinos e dos países germânicos²¹⁰. Devido à colonização intensa promovida pelas nações europeias continen-

²⁰⁶ Idem, *ibidem*.

²⁰⁷ Idem, p. 21.

²⁰⁸ DAVID, René. *op. cit.* p. 23.

²⁰⁹ DAVID, René. *op. cit.* p. 24.

²¹⁰ DAVID, René. *op. cit.* p. 24.

tais, principalmente após o período das navegações ultramarinas, o direito de origem romano-germânica conquistou vastos territórios pelo mundo, onde atualmente se aplicam direitos pertencentes ou aparentados com o mesmo²¹¹.

A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído à lei na família romano-germânica; os diversos países adotaram “códigos” e constituições escritas²¹². A codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde muitos séculos nas universidades²¹³. A codificação foi a técnica que permitiu a realização da ambição da escola de direito natural, que expôs metodicamente, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convinha à sociedade moderna e que devia, por consequência, ser aplicado pelos tribunais²¹⁴. O papel desempenhado pela codificação foi de suma importância, haja vista ter liquidado os arcaísmos que se perpetuavam, colocando ainda fim à fragmentação do direito e à multiplicidade dos costumes²¹⁵. Segundo René David, a codificação é dada por muitos como a causa de uma divisão do direito europeu, originando uma ruptura da comunidade jurídica européia e da família de direito romano-germânico²¹⁶.

Particularmente à noção de regra de direito, o sistema romano-germânico a entendia não como uma regra própria para assegurar a solução de um caso concreto (ao contrário da *common law*)²¹⁷, mas como uma verdadeira regra de conduta, elevando-a a um nível superior através dum esforço de sistematização da doutrina. A mesma era dotada de um grau de generalidade, situando-se acima de meras aplicações pelos tribunais ou pelos práticos²¹⁸. Dessa noção, surge certo desdém pela concepção contrária, da casuística, que situa regra de direito ao nível dos casos concretos²¹⁹. Mais uma vez David enuncia de forma brilhante:

²¹¹ DAVID, René. op. cit. p. 24.

²¹² DAVID, René. op. cit. p. 23.

²¹³ DAVID, René. op. cit. p. 65.

²¹⁴ DAVID, René. op. cit. p. 66.

²¹⁵ DAVID, René. op. cit. p. 66.

²¹⁶ DAVID, René. op. cit. p. 67.

²¹⁷ DAVID, René. op. cit. p. 101.

²¹⁸ Idem, ibidem. No mesmo sentido, STRECK, Lênio. *Súmulas no direito brasileiro...* p. 37.

²¹⁹ Idem, ibidem.

“A regra de direito romano-germânico situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os **princípios** dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria, ser considerada como uma aplicação. A arte do jurista, nos países da família de direito romano-germânica, é saber encontrar a regra e formulá-la a este ponto de equilíbrio: não é necessário que a regra assuma um caráter muito geral, porque ela deixaria então de ser um guia suficientemente seguro para a prática; é, sim, necessário que ela assuma um caráter suficientemente geral, para contemplar um certo tipo de situações e não ser unicamente aplicável, como a decisão do juiz, a uma situação particular”²²⁰.

Em relação às fontes de direito, a lei *lato sensu*, é considerada a fonte primordial (e quase que exclusiva) do direito nos países do sistema romano-germânico. Todos esses países surgem como sendo “países de direito escrito”; os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito, estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas²²¹. Contudo, atualmente se reconhece que a soberania absoluta da lei na *civil law* é uma ficção, pois, ao lado da mesma, há outras fontes importantes do direito²²².

Reconhece-se hoje em dia, no seio deste sistema, o papel criador do juiz. É certo que a lei tornou-se o elemento principal para o conhecimento do direito, o ponto de partida de todo o raciocínio jurídico, mas ela não exclui de forma alguma outros elementos e apenas adquire sentido em conjugação com eles. A lei nos países de tradição romano-germânica forma o esqueleto da ordem jurídica, mas esse esqueleto vai tomar vida por outros fatores, como os elementos que a interpretam, revelando o poder criador da doutrina, e principalmente da jurisprudência²²³.

Nesses países, comumente o papel criador da jurisprudência dissimula-se sempre ou quase sempre atrás da aparência de uma

²²⁰ DAVID, René. op. cit. p. 103/104.

²²¹ DAVID, René. op. cit. p. 111.

²²² DAVID, René. op. cit. p. 112. Nos primórdios das codificações, a lei apareceu com fonte exclusiva dos diferentes países de tradição romano-germânica. DAVID, René. op. cit. p. 113.

²²³ DAVID, René. op. cit. p. 142.

interpretação da lei. Só excepcionalmente os juristas se afastam deste hábito e os juízes reconhecem francamente o seu poder criador de regras de direito, haja vista a lei não poder prever tudo²²⁴. De qualquer forma, qualquer que seja a contribuição trazida pela jurisprudência à transformação do direito, certo é que esta contribuição, nos países da “família” romano-germânica, é diferente da do legislador²²⁵. *O legislador que estabelece os quadros da ordem jurídica, recorre a uma técnica particular que consiste na formulação de comandos, na elaboração das regras de direito, sendo a jurisprudência muito excepcionalmente autorizada a utilizar essa técnica*²²⁶.

A jurisprudência, no sistema romano-germânico, abstém-se de criar regras de direito, porque esta é tarefa reservada ao legislador: a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos pelo legislador, sendo o alcance daquela limitado, aspecto exatamente inverso do que é permitido pela *common law*²²⁷. No que tange à obrigatoriedade dos precedentes judiciais, excepcionalmente em alguns países filiados à tradição romano-germânica encontramos tal prática, na qual os juízes são obrigados a seguirem determinado precedente, ou linha de precedentes²²⁸. René David cita, por exemplo, o ordenamento jurídico português e os assentos, decisões vinculantes proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça²²⁹, e a *doctrina legal* no direito espanhol, que se refere à jurisprudência estabelecida por várias decisões emanadas pelo Supremo Tribunal²³⁰. Contudo, essa característica foge completamente à regra da “família” romano-germânica.²³¹

²²⁴ DAVID, René. op. cit. p. 149.

²²⁵ DAVID, René. op. cit. p. 150.

²²⁶ DAVID, René. op. cit. p. 150.

²²⁷ DAVID, René. op. cit. p. 150. Ao afirmar-se que a jurisprudência está adstrita à lei, o fazemos em sentido amplo, ou seja, incluindo-se nesta definição a Constituição dos países, a Lei Maior, vez que a jurisprudência de inúmeros países, incluindo evidentemente o Brasil, por muitas vezes já declarou a inconstitucionalidade de muitas leis frente à Constituição Federal, seja pelo controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

²²⁸ DAVID, René. op. cit. p. 160.

²²⁹ Trataremos dos assentos portugueses no próximo item do presente trabalho.

²³⁰ DAVID, René. op. cit. p. 160/161.

²³¹ Segundo David, “a jurisprudência nos nossos ‘países de direito escrito’ apenas é chamada a desempenhar, normalmente, um papel secundário: *non exemplis sed legibus judicandum est*, declara o código de Justiniano; as decisões de jurisprudência podem efetivamente serem dotadas de uma certa autoridade, mas de modo algum, salvo em casos excepcionais, como criadoras de regras de direito”. DAVID, René. op. cit. p. 427.

Por sua vez, há o sistema da *common law* que comporta o direito da Inglaterra e os direitos que se modelaram sobre o direito inglês²³². Segundo René David, as características tradicionais dessa “família” são muito diferentes das da família de direito romano-germânica; a *common law* foi formada por juízes que tinham de resolver litígios particulares, e ainda hoje porta, de forma inequívoca, a marca desta origem²³³.

A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito do sistema romano-germânico, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. David, analisando as questões derivadas do ordenamento jurídico dos países de origem da *common law* enuncia claramente:

“As regras respeitantes à administração da justiça, ao processo, à prova, e as relativas à execução das decisões de justiça têm aos olhos dos *common lawyers* um interesse semelhante, e mesmo superior, às regras respeitantes ao fundo do direito, sendo sua preocupação imediata a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade”²³⁴.

Em relação às raízes da *common law*, há de ser feita uma análise, ainda que breve, do direito inglês. David afirma que o direito inglês ocupa um lugar proeminente nessa família²³⁵. Como lembra Streck, todo o estudo da *common law* deve começar pelo estudo do direito inglês, uma vez que esse sistema é resultado da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir da conquista normanda, no ano de 1066²³⁶. A conquista normanda constitui um acontecimento capital na história do direito inglês, pois traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, combatendo o feudalismo existente na Inglaterra²³⁷. Segundo Tucci, o período entre o ano de 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, é caracterizado como a época de formação da *common law*, ou seja, quando se firma um

²³² DAVID, René. Op. cit. p. 24.

²³³ DAVID, René. *Os grandes sistemas...* p. 25.

²³⁴ DAVID, René. op. cit. p. 25.

²³⁵ DAVID, René. op. cit. p. 353.

²³⁶ STRECK, Lênio. *Súmulas no direito brasileiro...* p. 37.

²³⁷ DAVID, René. op. cit. p. 358.

novo sistema jurídico frente aos costumes locais²³⁸.

A *comon law* é obra exclusiva dos tribunais reais de justiça, dos tribunais de Westminster, sendo que foram esses tribunais que se opuseram durante cinco séculos às inúmeras jurisdições senhoriais, que forjavam seus princípios justamente no direito feudal, bem como as jurisdições eclesiásticas e o direito canônico²³⁹. Tal atividade judicial explica a proeminência do direito jurisprudencial como caracter principal deste sistema. A história do direito inglês indica, segundo David, alguns aspectos marcantes que ainda hoje persistem nos ordenamentos dele derivados, podendo ser citados o fato de os juristas ingleses terem focado seus interesses no processo e terem criado obstáculos a uma recepção, na Inglaterra, das categorias e dos conceitos do direito romano, devido aos quadros processuais extremamente rígidos²⁴⁰.

Diante desse impedimento de penetração de influências romanas, coube aos tribunais de Westminster elaborar um novo direito que seria comum a todos, por isso a denominação de *common law*, que tirou muito dos seus elementos de diversos costumes locais ingleses²⁴¹. Dessa imensidão de costumes gera uma complexidade e tecnicidade do processo inglês, que somente podiam ser apreendidos pela prática²⁴². Aliás, juristas e juízes na Inglaterra continuaram, até hoje, a serem formados essencialmente pela prática, diferentemente dos operadores dos ordenamentos de direito romano-germânico, dotados de formação universitária²⁴³.

No que diz respeito à relação entre os dois sistemas, percebe-se que ao longo da história países de direito romano-germânico e de *common law* tiveram inúmeros contatos. Em ambos os casos, o direito sofreu a influência da moral cristã e as doutrinas filosóficas em voga puseram em primeiro plano, desde a época da Renascença, o individualismo, o liberalismo e a noção de direitos subjetivos²⁴⁴.

²³⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito...* p. 151.

²³⁹ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. trad. por Renata Cordeiro. São Paulo: Landy Editora. 2006. p. 19.

²⁴⁰ DAVID, René. op. cit. p. 364.

²⁴¹ DAVID, René. op. cit. p. 369.

²⁴² Idem, ibidem.

²⁴³ No direito inglês, a figura do grande jurista é o juiz, saído das fileiras dos práticos, dos processualistas, e não o professor da universidade. DAVID, René. op. cit. p. 404.

²⁴⁴ DAVID, René, op. cit. p. 26.

A *common law* conserva hoje a sua estrutura — muito diferente da dos direitos romano-germânicos —, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentando e os métodos usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se²⁴⁵. A *statute (Act of Parliament)*, constitui uma fonte segunda fonte de direito da *common law*, não sendo considerada, na concepção tradicional inglesa, um modo de expressão normal do direito²⁴⁶, cuja função limita-se a aclarar ou retificar, em casos específicos, os princípios assentados pelo trabalho dos juízes²⁴⁷. Não existe uma Constituição escrita na Inglaterra; os ingleses reconhecem como Constituição o conjunto de regras de origem legislativa ou, na maioria das vezes, jurisprudencial, que garantem as liberdades fundamentais. Contudo, um intenso movimento legislativo desenvolveu-se em terras inglesas, especialmente após 1939, especialmente de cunho dirigista, criando instituições de previdência social, urbanismo, transporte, dentre outros²⁴⁸. O exemplo mais significativo dessa onda legislativa foi o advento do *Rules of Civil Procedure* de 26 de abril de 1999, o código de processo civil inglês, uma autêntica novidade, cujo surgimento no âmbito do ordenamento inglês, vem sendo apregoado, segundo Barbosa Moreira como “a maior transformação legislativa, nesse terreno, há mais de século”²⁴⁹.

No que tange às diferenças entre a *common law* e o direito romano-germânico, pode-se afirmar que as divisões, os conceitos e vocabulário utilizado dos mesmos são inteiramente distintos²⁵⁰. David taxativamente afirma que “não correspondendo a nenhuma noção do nosso conhecimento, os termos do direito inglês são intraduzíveis nas nossas línguas, como o são os termos da fauna ou da flora de um outro país”²⁵¹. As diferenças de estrutura existentes

²⁴⁵ DAVID, René, op. cit. p. 26.

²⁴⁶ DAVID, René. op. cit. p. 434.

²⁴⁷ STRECK, Lênio. *Súmulas...* p. 42. Edward Re assevera que como o sistema da *common law* se desenvolveu caso a caso e a presença de uma política legislativa era mínima ou não usual, a legislação passou a ser encarada quase como um campo estranho. RE, Edward. *Stare decisis*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. 1994 n° 327. p. 40.

²⁴⁸ DAVID, René. Op. cit. 434. Celso de Albuquerque Silva identifica algumas leis inglesas pormenorizadas como por exemplo a *Water Industry Act*, de 25 de julho de 1991, *Electricity Act*, de 27 de julho de 1989, dentre outros. SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação...* p. 168.

²⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva. 2001. p. 155.

²⁵⁰ DAVID, René. op. cit. p. 25.

²⁵¹ David ainda nos diz que se falseia o sentido dos termos quando se pretende a todo o

entre o direito românico e o direito inglês foram durante muito tempo negligenciadas. Além das regras mutáveis, existem quadros que são relativamente estáveis, condizentes com a própria estrutura desses sistemas²⁵².

No direito inglês, elaborado pela jurisprudência, a *legal rule* representa algo diferente da regra de direito, sistematizada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, a que o sistema romano-germânico está habituado, situando-se num nível de generalidade muito menor do que a regra de direito dessa²⁵³.

No tocante à criação legislativa dos juízes ingleses, deve-se abrir um importante parêntese. Na seara legislativa criminal, pode-se perceber a exata noção do papel desempenhado pelos tribunais dos sistemas da *common law*. Na Inglaterra do século XVII, os juízes, ao invés dos legisladores, criavam e definiam diversos crimes, ditos *felonies* como *murder, suicide, manslaughter, burglary, arson, robbery, larceny, rape, sodomy and mayhem*; bem como as infrações, as *misdemeanors* como *assault, battery, false imprisonment, libel, perjury and intimidation of jurors*²⁵⁴. No período de 1660 (período pós-Cronwell) até 1860 o processo de criação judiciária continuou com a definição de novos crimes, sempre diante de novos casos que demandavam punição: *blasphemy* (1676), *conspiracy* (1664), *sedition* (século XVIII), *forgery* (1727), *attempt* (1784), *solicitation* (1801)²⁵⁵. De tempos em tempos os juízes puritanos ingleses, ao criarem novas infrações, se utilizavam do poder das cortes para criminalizar qualquer conduta que pudesse “atentar a decência” ou “corromper os bons costumes”, como por exemplo, correr nú em público ou publicar livros os textos obscenos²⁵⁶. Por outro lado, os juízes nessa época desenvolveram excludentes de ilicitude ou culpabilidade para os agentes como a *self-defense* ou *insanity*. A partir do século XIV, essa atividade legislativa inglesa chegou a uma estagnação, sendo

custo traduzi-los. DAVID, René. op. cit. p. 383.

²⁵² DAVID, René. op. cit. p. 381/382.

²⁵³ DAVID, René. op. Cit. p. 383.

²⁵⁴ LAFAVE, Wayne R. & SCOTT JR., Austin W. *Criminal law*. 2nd edition. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co. 1986. p. 65.

²⁵⁵ Idem, ibidem.

²⁵⁶ LAFAVE, Wayne & SCOTT JR., Austin. op. cit. p. 65.

hoje em dia muito raro um tribunal criar novas figuras delituosas²⁵⁷.

David explica que as diferenças estruturais entre os dois sistemas (*common law* e romano-germânico) deriva da diferente transformação histórica por que passaram os mesmos²⁵⁸. O sistema dos direitos românicos caracteriza-se por ser um sistema relativamente racional e lógico, pois foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, a *substantive law*, foco dado pelas universidades e pelo legislador²⁵⁹. Já a *common law*, pelo contrário, foi concebido sem qualquer preocupação lógica, atendo-se aos quadros *impostos pelo processo*. Essa dicotomia encontra razão no tradicional interesse dos juristas do continente europeu que é voltado para o direito material (*substantive law*), vez que o estudo do processo era por eles abandonado, assim como todas as questões relativas a provas ou a execução de decisões judiciais (*adjective law*)²⁶⁰. Por outro lado, toda a atenção do jurista da *common law* se voltou durante séculos, pelo caráter da praticidade, para o processo.

Contudo, é o lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito que constitui elemento mais marcante na oposição desses sistemas²⁶¹.

O direito inglês é, de forma típica, um direito jurisprudencial, baseado no *case law*²⁶². Suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra²⁶³. A lei, denominada de *statute*,

²⁵⁷ Idem, p. 65/66.

²⁵⁸ DAVID, René. op. cit. p. 385.

²⁵⁹ Isso evidentemente não significa que o sistema româno-germânico seja puramente lógico, mas realizou-se um grande esforço nesse sentido para simplificar o seu conhecimento. DAVID, René. op. cit. p. 385.

²⁶⁰ Esta hierarquia remonta à antiguidade: já em Roma se fazia a distinção entre os prudentes, que eram os únicos jurisconsultos dignos deste nome, juristas estudiosos do modelo da razão, e os advogados (*oratores*), que era o prático conhecedor das receitas do processo e dos regulamentos locais, cuja dignidade e lugar eram sem contestação inferiores aos dos prudentes. DAVID, René. op. cit. p. 403.

²⁶¹ DAVID, René. op. cit. p. 147.

²⁶² Fator decisivo para o conhecimento da *common law* são as compilações das decisões judiciárias, os *English Law Reports* (criadas em 1865), que contém várias decisões nas quais se encontram a origem e desenvolvimento do direito inglês, conservando um enorme interesse prático. DAVID, René. op. cit. p. 376. Para um estudo mais detalhado dos *Law Reports*, ver SOUZA, Marcelo Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante...* p. 103/113.

²⁶³ DAVID, René. op. cit. p. 408.

desempenha uma função secundária na história do direito inglês e da *common law*, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra da jurisprudência²⁶⁴. A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio, que nada tem a ver com a *legal rule* do direito romano-germânico, que é enunciada pelo legislador e apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade e casos, sem relação com um litígio particular²⁶⁵.

A regra do seguimento obrigatório do precedente — que segundo a Ministra Ellen Gracie constitui a “a pedra angular do sistema da *common law*”²⁶⁶ —, baseia-se na doutrina do *stare decisis et non quieta movere*²⁶⁷, que é mais conhecida pela abreviação *stare decisis*. A obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial²⁶⁸. Contudo, somente após a primeira metade do século XIX é que se estabeleceu a *rule of precedent*, impondo aos juízes ingleses o recurso às regras criadas por seus predecessores²⁶⁹. Em cada caso, o juiz deve aplicar o princípio legal existente, devendo seguir o exemplo ou precedente das decisões anteriores²⁷⁰. Como ponto de partida, o juiz no sistema da *common law* afirma a pertinência de um princípio extraído do precedente considerado aplicável. Após isso, trata de aplicá-lo moldando e adaptando aquele princípio de forma a atacar a realidade da decisão do caso concreto que tem diante de si²⁷¹.

Cabe ressaltar que os precedentes se aplicam somente aos pontos ou questões de direito, ainda que em alguns casos a questão de direito

²⁶⁴ Porém, nos dias atuais, a lei e os regulamentos na Inglaterra (*delegated legislation* e *subordinated legislation*) são dotados de importância semelhante a essas fontes no direito europeu continental. DAVID, René. op. cit. p. 415.

²⁶⁵ René David revela sua incompreensão, implícita que seja, ao afirmar que não pode apreciar o alcance da *legal rule* inglesa sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada. DAVID, René. op. cit. p. 409.

²⁶⁶ Nota de tradutora in: RE, Edward D. *Stare decisis*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1994 n° 327. p. 37.

²⁶⁷ Tal expressão pode ser traduzida como “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial com fonte do direito...* p. 160.

²⁶⁸ DAVID, René. op. cit. p. 428.

²⁶⁹ Idem, ibidem.

²⁷⁰ STRECK, Lênio. *Súmulas...* p. 47.

²⁷¹ RE, Edward. *Stare decisis...* p. 38.

esteja diretamente inter-relacionada com os fatos²⁷². Esta noção já veio positivada em antigo julgado inglês:

“... judges cannot make new law by new decisions; they do not assume a power of that kind: they only endeavour to declare what the common law is and has been from the time when it first existed. But inasmuch as new circumstances, and new complications of fact and even new facts, are constantly arising, the judges are obliged to apply to them what they consider to have been the common law during the whole course of its existence and therefore they seem to be laying down a new law, whereas they are merely applying old principles to a new state of facts”²⁷³.

Naturalmente, as questões suscitadas num processo derivam dos fatos apresentados; os fatos do caso, conseqüentemente, são da maior importância. A máxima latina, *ex facto oritur jus*, afirma que o direito deriva dos fatos²⁷⁴. Desta forma, a autoridade do precedente depende e é limitada aos “fatos e condições particulares do caso” que o processo anterior “pretendeu adjudicar”. Os precedentes não se devem aplicar de forma automática. O precedente deve ser analisado cuidadosamente para determinar se existem similaridades de fato e de direito e para estabelecer a posição atual da Corte com relação ao caso anterior²⁷⁵.

A aplicação da regra do precedente exige por parte do jurista inglês a análise dos comentários das decisões judiciais. Nas *reasons* dadas pelos juízes em apoio às suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, sendo esta que deverá ser seguida no futuro²⁷⁶. Ao encontro dessa noção, Tucci afirma que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*,

²⁷² Idem, *ibidem*.

²⁷³ *Munster v Lamb* [1883] 11 QBD 588, 601, apud LEE, Orland. *Systems dynamics in the law: a comparative approach to certainty in the common law and reviewability of past decisions*. 2004. Oxford University Comparative Law Forum. Disponível em www.ouclf.iuscomp.org, acesso em 05.04.2007.

²⁷⁴ RE, Edward. *Stare decisis*... p. 38.

²⁷⁵ Idem, *ibidem*.

²⁷⁶ DAVID, René. *op. cit.* p. 430.

isto é, o princípio de direito contido na sentença²⁷⁷. É a *ratio* que constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*), e que vincula os julgamentos futuros *inter alia*²⁷⁸. A submissão ao precedente indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos precedentes (*stare rationibus decidendi*). A *ratio decidendi* pois encerra uma escolha, uma opção hermenêutica de cunho universal, repercutindo sobre os casos futuros aos quais tenha ele pertinência²⁷⁹.

No direito inglês, somente os precedentes produzidos pelos tribunais superiores são obrigatórios e imperativos, ocorrendo o *binding precedent*²⁸⁰. O efeito vinculante das decisões proferidas encontra-se condicionado à posição hierárquica do tribunal que as profere. Normalmente, na experiência jurídica da *common law*, o julgamento vincula a própria corte (eficácia interna), bem como todos os órgãos inferiores (eficácia externa)²⁸¹.

No Reino Unido, todo o precedente judicial da *House of Lords* (órgão de cúpula do sistema judiciário britânico), de natureza colegiada ou monocrática, reveste-se de força vinculante no âmbito das cortes inferiores, quais seja, a *Court of Appeal*, a *High Court*, as *Crown Courts*, as *County Courts* e as *Magistrates Courts*, todas evidentemente dotadas de competência recursal e originária especificamente definidas²⁸².

Até 2009, a mais alta corte britânica era a *House of Lords*, que possuía uma função judicial em complemento à sua função legislativa e deliberativa. Era a última instância legal de todo o Reino Unido no tocante às matérias cíveis e da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte em matérias criminais. Suas decisões vinculavam todas as cortes inferiores²⁸³.

²⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial*... p. 157.

²⁷⁸ Como regra necessária à decisão, a *ratio decidendi* não se confunde com o *obiter dictum*, observações sobre a lei que os juízes fazem durante o julgamento, que são alheias ao caso, comentários feitos de passagem, que não podem ser considerados como precedentes, mas por outro lado podem ser considerados como argumentos persuasivos. TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. p. 175/177.

²⁷⁹ Idem, p. 176.

²⁸⁰ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês*... p. 31. Streck considera as expressões *binding precedent* e *stare decisis* como sinônimas. STRECK, Lênio. *Súmulas*... p. 46.

²⁸¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. p. 170.

²⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. p. 171.

²⁸³ Essa era uma inusitada função para um corpo legislativo integrante do Parlamento,

Existem exceções à regra do precedente vinculante, da *doctrine of binding precedent*, ou seja, há situações em que o mesmo pode não ser seguido. As cortes superiores podem substituir (*overruled*) um determinado precedente por ser considerado ultrapassado ou equivocado. A decisão que acolhe a nova orientação incumbe-se de revogar expressamente a *ratio decidendi* anterior (*express overruling*) ou de forma implícita (*implied overruling*)²⁸⁴. Em outras palavras, a força vinculante do precedente não impede que uma determinada tese dominante, antes sedimentada, possa ser superada, passando-se a um novo processo de “normatização pretoriana”²⁸⁵. A doutrina do *stare decisis* não exige obediência cega às decisões passadas. Segundo Edward Re, ela permite aos tribunais se beneficiarem da sabedoria do passado, mas rejeitem o que seja desarrazoado ou errôneo.²⁸⁶ Antes de mais nada, é necessário que o tribunal determine se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável ou não (*distinguishing*), e em seguida, decidindo em que extensão o princípio será aplicado²⁸⁷.

Um dos principais atores dessa revisão de posicionamento e da possibilidade de se repensar um precedente foi Lord Denning, um dos mais proeminentes lordes da *House of Lords*, como nos mostra uma passagem de estudo comparativo da *common law* da *Oxford University*:

“The position taken by Lord Denning in a number of his decisions or dissents, and summarized in the Romanes lecture, in which he advocated that the House of Lords return to a policy of re-thinking its own precedents when they become legally questionable (something they had not done for 60 years) certainly played an important role in this development. (...) In the years in which Lord Denning was Master of the Rolls from 1962-1982, and even before that, he attempted to test the

vez que não há como na maioria dos sistemas judiciários, o princípio da separação de poderes. Por esse motivo, o governo britânico decidiu criar a *United Kingdom Supreme Court*, órgão constitucionalmente e fisicamente separado do Parlamento. In: *House of Lords: briefing, the judicial work of the House of Lords*. Disponível em www.parliament.uk, acesso em 05.04.2007 e www.supremecourt.gov.uk

²⁸⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. p. 179.

²⁸⁵ Idem, p. 180.

²⁸⁶ RE, Edward. *Stare decisis*... p. 39.

²⁸⁷ Idem, *ibidem*.

waters for reversal of that position on a number of occasions, particularly where he considered that a precedent decision was decided wrong in the first place. Thanks largely to these efforts—and despite reproaches from leading law lords for the departure from judicial discipline this sometimes entailed—the House of Lords did relax its position in its “Practice Statement” in 1966”²⁸⁸.

Considerado um dos marcos da atividade judicial relativo à aplicação de precedentes da *House of Lords* e a própria doutrina do *stare decisis*, a *Pratice Statement of Judicial Precedent* de 1966, feita pelo *Lord Chancellor*, Lorde Gardiner, enunciava ser prudente revisar a orientação emitida no passado pelo tribunal quando parecesse correto, diante dos elementos fáticos:

*“Before judgments are delivered today, I wish to make the following statement on behalf of myself and the Lords of Appeal in Ordinary: ‘Their Lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connection they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House’”*²⁸⁹.

²⁸⁸ LEE, Orlan. *Systems dynamics in the law: a comparative approach to certainty in the common law and reviewability of past decisions...* Disponível em www.ouclf.iuscomp.org, acesso em 05.04.2007.

²⁸⁹ LORD GARDINER, *Statements to the House, Judicial Precedent*, 26.07.1966, *Pratice*

Desta forma, positivou-se o entendimento de que o juiz inglês possui uma discricionariedade ampla para enxergar se tal ou qual precedente serve diante dos elementos fáticos tratados no processo. Após examinar o mérito, o *thema decidendum* da questão que lhe é submetida, parte de um processo mental indutivo e empírico, cotejando (*distinguishing*) o caso a ser julgado com a *ratio decidendi* de casos já solucionados²⁹⁰. Outro importante Lorde da *House of Lords*, Lord Devlin dá essa exata noção através de pronunciamento:

*“No statement of the law, be it a precedent or a statute, is ever final: it is to be read in its context and its context can change. A judge must never assume that the law always and in all circumstances does complete justice. That would be an impossible task to put upon any lawmaker. To do justice according to law the judge must keep his eye on the justice of the case as well as on the text of the law”*²⁹¹.

Segundo Reale, temos dois grandes sistemas de direito no mundo ocidental—o romano-germânico e a *common law*—, correspondente a duas experiências culturais distintas, resultantes de múltiplos fatores, sobretudo de ordem histórica. Seria absurdo pretender saber qual dos dois sistemas é o mais perfeito, visto como não há direito ideal senão em função da índole e da experiência histórica de cada povo²⁹².

Directions and Standings Orders applicable to Criminal Appeals. Disponível em www.parliament.uk, acesso em 05.04.2007.

²⁹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial*... p. 183. De acordo com Cappelletti, na vida dos homens, toda a situação de fato é nova e única, e, consequentemente, sempre existe a possibilidade de “distinguir” em relação aos precedentes, ou de “argumentar a contrario”, mais do que “por analogia” em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*... p. 25.

²⁹¹ LORD DEVLIN, *apud* LEE, Orlan. *Systems dynamics in the law*...

²⁹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*... p. 142. No que tange à questão cultural, rechaçamos a noção de que a tendência é de que os sistemas da *common law* e *civil law* se aproximem e que as diferenças entre eles desapareçam, como ressaltam Cappelletti e Taruffo. Evidentemente ambos escritores italianos, colocam os olhos na dicotomia Inglaterra *versus* Europa continental, e ao afirmarem que a tendência é a unificação, deixam transparecer, apesar de não o fazerem de forma expressa, que levam em consideração o movimento da União Europeia, onde a Europa como um todo busca a unidade (política, econômica, monetária e agora jurídica — um dos grandes exemplos é a *European Union Committee*, e seu *Report of Criminal Law Competence of the*

No tocante à vinculação de precedentes há de se ter parcimônia ao tratar deste ou daquele sistema. Como bem ressaltou Cappelletti, nem precedentes nem normas legislativas podem vincular totalmente o intérprete, pois o mesmo tem a necessidade de ser livre, utilizando-se a sua criatividade e responsabilidade²⁹³. O verdadeiro problema não é o da clara oposição entre os conceitos de interpretação e criação do direito (inexistente, haja vista que na interpretação judiciária está insito certo grau de criatividade). O verdadeiro problema é outro, ou seja, o *grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciários, neste ou naquele sistema²⁹⁴, nunca perdendo-se de vista evidentemente, as raízes culturais de cada ordenamento.

2.3. Precedentes judiciais vinculantes no Direito Comparado

Compartilhamos a noção de Taruffo de que já parece superada a ideia de que pôr em confronto ordenamentos diversos consistiria na mensuração “neutra” (e quase passiva) de analogias e diferenças entre sistemas normativos, com o escopo de estabelecer vizinhanças e distâncias entre normas ou entre institutos²⁹⁵. Ao contrário, hoje se reconhece unanimemente que só é possível proceder com utilidade à análise comparatística sobre a base de um “projeto cultural” pressuposto e empreendido por quem efetua a análise²⁹⁶.

A utilização do estudo do direito comparado é de suma importância sempre que se está analisando um instituto jurídico novo ou controvertido. É evidente que não se tem a pretensão de descer às minúcias dos ordenamentos jurídicos estrangeiros — no caso deste

European Community, disponível em www.parliament.uk, acesso em 05.04.2007). Por esse motivo, há de se ter cautela ao tentar aplicar essa aparente supressão de tradições entre esses dois sistemas quando analisamos o ordenamento jurídico de outros países não-europeus, como por exemplo, o Brasil.

²⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores...* p. 25.

²⁹⁴ Idem, p. 21.

²⁹⁵ TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. REPRO, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho / 2003. p. 141/142.

²⁹⁶ Idem, ibidem.

trabalho, os Estados Unidos e Portugal — e nem a audácia de fazer um estudo do direito comparado. Busca-se tão-somente demonstrar o posicionamento, importância e utilização dos precedentes judiciais nesses países, um oriundo da “família” da *common law* e outro da romano-germânica, mediante uma breve e honesta incursão nesses dois sistemas jurídicos, para ao longo da dissertação demonstrar a diferença entre esses e o nosso ordenamento, bem como do funcionamento do instituto da súmula vinculante e dos institutos a ela análogos.

2.3.1. Estados Unidos

Em pouco mais de dois séculos, os Estados Unidos conseguiram integrar os princípios gerais da *common law*, separá-los quando se julgava útil por intermédio da codificação e de legislações de Estados e, sobretudo, preservar a unidade nacional graças à Constituição Federal²⁹⁷.

A *common law* foi em princípio admitida nos EUA, ou melhor, nas treze colônias devido a sabida colonização inglesa²⁹⁸. Os primeiros colonizadores na América vindos da Inglaterra trouxeram a *common law* inglesa com suas leis modificadas existentes, cíveis e criminais, tornando-se aplicáveis aos EUA²⁹⁹.

Com a independência americana proclamada em 1776 e definitivamente consagrada em 1783, surgem condições novas; tornava-se necessário a autonomia do direito norte-americano³⁰⁰. O ideal republicano e o sentimento do direito natural surgido com a Declaração dos Direitos e a Constituição do Estado não conseguiu fazer que o direito norte-americano pendesse para o lado da codificação. Logo, os EUA acabaram por se manter no sistema da *common law*, funcionando como fator decisivo a língua inglesa e o povoamento originariamente inglês³⁰¹.

Apesar da influência inglesa, os EUA imprimiram um caráter de originalidade à *common law*, característica essa que muitas vezes

²⁹⁷ SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano...* p. 83.

²⁹⁸ DAVID, René. *Os grandes sistemas...* p. 450.

²⁹⁹ LAFAYE, Wayne & SCOTT JR., Austin. *Criminal law...* p. 66.

³⁰⁰ DAVID, René. op. cit. p. 452.

³⁰¹ Idem, p. 453.

aproximam-nos dos direitos da família romano-germânica³⁰². O direito norte-americano repousa numa constituição federal e nas constituições dos cinquenta estados federados, apresentando suas respectivas autoridades e tribunais superiores³⁰³.

No tocante à jurisprudência, a regra é clara: os juízes norte-americanos se estimam pelas suas próprias decisões e pelas tomadas pelos magistrados hierarquicamente superiores, citando desta forma os precedentes quando julgam³⁰⁴. Mas essa regra foi com o tempo perdendo o seu alcance prático. E ao contrário do que muitos acham, do ponto da estrita técnica jurídica, tanto a Suprema Corte americana quanto às Supremas Cortes estaduais, não se consideram nunca vinculados pelos seus próprios precedentes.³⁰⁵ Essa recusa esclarecida encontra seus fundamentos a um só tempo na própria natureza do sistema judiciário norte-americano, que é bastante descentralizado, e na busca pela “evolução” dos princípios e regras jurídicas³⁰⁶.

Desta forma, a regra do *stare decisis* — que foi firmemente estabelecida no sistema legal norte-americano³⁰⁷ — funciona de forma distinta da inglesa, devido à existência da estrutura federal americana³⁰⁸. A decisão de jurisprudência nos EUA exprime certamente o direito e vincula, em princípio, os julgados posteriores de fundamento similar. Mas visto que as condições e necessidades econômico-sociais estão em constante mutação, na visão americana, o precedente deve ser analisado com sutileza e de forma não dogmática³⁰⁹. Disso decorre que a regra do *stare decisis* é suscetível a mudanças, não sendo raras as alterações de jurisprudência na Suprema Corte americana, principalmente no que tange à interpretação da Constituição americana³¹⁰. Convém lembrar que para avaliar corretamente o alcance dos precedentes, se faz necessário enfocá-los a partir dos casos que a provocaram³¹¹, isto é, do quadro fático que

³⁰² Idem, p. 454.

³⁰³ SÉROUSSI, Roland. op. cit. p. 460.

³⁰⁴ Idem, p. 94.

³⁰⁵ DAVID, René. op. cit. p. 478.

³⁰⁶ SÉROUSSI, Roland. op. cit. p. 94.

³⁰⁷ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. v. 89, nº 782. dez 2000. p. 90.

³⁰⁸ DAVID, René. op. cit. p. 490.

³⁰⁹ SÉROUSSI, Roland. Op. cit. p. 109.

³¹⁰ DAVID, René. op. cit. p. 490.

³¹¹ Idem, p. 501.

os ensejaram. Nesse sentido, Toni Fine resumidamente sistematiza essa flexibilização:

“A doutrina do precedente e sua aplicação, conquanto central para o sistema legal norte-americano, não se afigura uma regra inflexível. Ao contrário, há inúmeros mecanismos mediante os quais os Tribunais deixam de aplicar as regras estabelecidas em casos anteriores. O fato de a regra do *stare decisis* não se apresentar tão rígida dá aos Tribunais um nível de discricão ao aplicar princípios que possam divergir de regras previamente estabelecidas. Em suma, os Tribunais podem se recusar a aplicar uma decisão anterior se: 1) o caso anteriormente decidido envolver uma questão de direito distinta; 2) o escopo do caso anteriormente decidido for tão limitado que não se aplica ao caso em pauta; 3) os fatos do caso anteriormente decidido forem distintos daqueles a que se refere o caso atual; ou 4) rejeitarem a decisão anterior porque o princípio nela inserido: a) deve ser revogado; ou b) tal decisão reflete *dicta*, isto é, pronunciamentos e opiniões do Juiz encontrados no bojo da motivação da decisão judicial e que, pois, não se constituem no seu dispositivo. Frequentemente, Tribunais deixam de aplicar princípios de casos anteriormente decididos pela conjugação desses fatores”³¹².

Essa noção vem expressa na Constituição Federal norte-americana, no artigo 3º (*Judicial Department*), seção 2 (*Judicial Power and Jurisdiction*), cláusula 1 (*Cases and Controversies*), ao tratar da doutrina do *stare decisis* no direito constitucional. Segundo esse dispositivo, adotou-se a norma emanada pelo julgado *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932), que afirma:

“Stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than it be settled right (...) This is commonly true even where the error is a matter of serious concern, provided correction can be had by legislation. But in cases involving the Federal Constitution, where correction through legislative

³¹² FINE, Toni. *O uso do precedente...* p. 93.

action is practically impossible, this Court has often overruled its earlier decisions. The Court bows to the lessons of experience and the force of better reasoning, recognizing that the process of trial and error so fruitful in the physical sciences, is appropriate also in the judicial function”.

Continua esse dispositivo ao prever que “*stare decisis is a principle of policy, not a mechanical formula of adherence to the latest decision (...)*”. Diante dessa premissa, é permitido à Suprema Corte efetivar o *overruling* de um precedente anterior diante de novo, ou praticar o *distinguishing*, que leva aos efeitos similar de uma revisão, adequação ou até mesmo superação do precedente diante de um caso novo, analisando sempre as questões de fato.

Um exemplo nítido desse cotejo analítico foi o julgado pela Suprema Corte *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania et al. v. Casey, Governor of Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992). Nesse julgamento, cinco clínicas de aborto e uma classe de médicos que promoviam o aborto buscavam a inconstitucionalidade de uma lei no estado da Pensilvânia, a *Pennsylvania Abortion Control Act of 1982*, que determinava algumas medidas restritivas que deveriam ser adotadas pela mulher que desejasse abortar. Uma delas previa que a mulher deveria estar munida de certas informações — a fim de formar o *informed consent* — necessárias no mínimo vinte e quatro horas antes do abortamento; a mulher casada que desejasse abortar deveria assinar um termo indicando que havia notificado seu marido do ato (*spousal notification*), e caso uma menor fosse abortar, se fazia necessário a autorização dos pais (*parental consent*).

Um dos principais argumentos trazidos pelos *petitioners*, e amplamente debatido pelos *Justices* da Suprema Corte, foi a discussão da aplicabilidade do caso *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Esse foi um caso julgado pela Suprema Corte americana que resultou numa referência judicial sobre a questão de privacidade e aborto nos EUA, sendo uma das mais controvertidas e politicamente importantes decisões de toda a história do direito norte-americano. De acordo com essa decisão (referida como *Roe’s decision*), que estabeleceu diversas diretrizes, considerou-se que a maioria das leis contra o aborto violavam a garantia constitucional à privacidade, garantido pela cláusula do devido processo previsto na décima quarta emenda

constitucional. Essa decisão teve o condão de invalidar todas as leis estaduais e federais que criminalizavam ou restringiam o aborto, e que se tornavam inconsistente com o disposto pelo julgado.

Nesse *leading case*, uma mulher solteira grávida, Jane Roe, ajuizou uma *class action* alegando a inconstitucionalidade de uma lei do Texas que criminalizava o aborto, proibindo o aborto e sua tentativa, exceto nos casos médicos em que a vida da mãe corre perigo. Valendo-se desta previsão, buscou-se alegar que a lei do estado da Pensilvânia violava o disposto no julgado *Roe v. Wade*, devendo ser respeitada a doutrina do *stare decisis*. Ocorre que alguns dos *Justices* não entenderam desta forma, pois, enxergavam distinções nos dois casos.

A discussão foi tão intensa que o *Chief Justice Rehnquist* chegou a tecer algumas considerações em seu voto acerca da doutrina do *stare decisis* e sua aplicabilidade no caso:

“Stare decisis is not an universal, inexorable command, especially in cases involving the interpretation of the Federal Constitution. (...) The joint opinion discusses several stare decisis factors which, it asserts, point toward retaining a portion of Roe. Two of these factors are that the main “factual underpinning” of Roe has remained the same, and that its doctrinal foundation is no weaker now than it was in 1973. (...) The joint opinion also points to the reliance interests involved in this context in its effort to explain why precedent must be followed for precedent’s sake. Certainly it is true that where reliance is truly at issue, as in the case of judicial decisions that have formed the basis for private decisions, considerations in favor of stare decisis are at their acme. But, as the joint opinion apparently agrees, any traditional notion of reliance is not applicable here”.

O *Justice O’Connor* em seu voto também fez ponderações acerca do *stare decisis* e sua aplicação à questão em análise, fazendo menção à segurança jurídica e a autoridade dos precedentes e da Suprema Corte:

“The obligation to follow precedent begins with necessity, and

a contrary necessity marks its outerlimit. With Cardozo, we recognize that no judicial system could do society's work if it eyed each issue afresh in every case that raised it. (...) Indeed, the very concept of the rule of law underlying our own Constitution requires such continuity over time that a respect for precedent is, by definition, indispensable. (...) At the other extreme, a different necessity would make itself felt if a prior judicialruling should come to be seen so clearly as error that its enforcement was for that very reason doomed. (...) overruling Roe's central holding would not only reach an unjustifiable result under principles of stare decisis, but would seriously weaken the Court's capacity to exercise the judicial power and function as the Supreme Court of a Nation dedicated to the rule of law".

Como resultado do julgamento, a Suprema Corte entendeu, com algumas ressalvas e divergências, que a essência do precedente de *Roe v. Wade* deveria ser mantida e mais uma vez, reafirmada. Desta forma, a lei da Pensilvânia foi declarada parcialmente inconstitucional: a previsão que demandava a notificação do marido para ter a possibilidade de abortar foi considerada inválida face a emenda XIV, pois criou um ônus indevido à mulher. Contudo, as previsões do *parental consent* e *informed consent*, e da espera das 24 horas para o aborto, foram consideradas constitucionalmente válidas.

Além do *distinguishing*, há casos ainda de expresso *overruling* dos precedentes por parte da Suprema Corte americana. Um dos casos mais emblemáticos foi o caso *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) que afastou o precedente estabelecido pelo julgado *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Nesse caso, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade da *Georgia Sodomy Law*, lei esta que criminalizava o ato consensual de sexo oral e anal, mesmo em ambiente privado, entre adultos. A lei da Geórgia proibindo a sodomia foi considerada válida, pois entendeu a Suprema Corte que não havia nenhum direito constitucional protegido que assegurava a prática de sodomia homossexual.

Dezessete anos depois, a Suprema Corte americana diretamente afastou o precedente *Bowers* ao apreciar o caso *Lawrence v. Texas*. Uma lei texana considerava crime ato sexual entre duas pessoas de mesmo sexo, que cometessem sodomia. Restou decidido pela Suprema

Corte que tal diploma legislativo era inconstitucional pois violava o *Due Process Clause* previsto na emenda XIV da Constituição americana e que o direito à liberdade, protegido pelo *Due Process*, abrange o direito de dois adultos, “com consentimento mútuo de ambos, e se relacionar em práticas sexuais comuns ao estilo de vida homossexual”.

No que concerne às Supremas Cortes estaduais, é com extrema dificuldade que se admite desvios em sua jurisprudência, tendo em vista o comprometimento com a segurança das relações jurídicas³¹³. Contudo, não necessariamente essa postura estática é vinculada; a diferença é bastante tênue entre o reconhecimento de um *binding precedent* e uma adesão voluntária dos juízes por argumentos persuasivos dos julgados predecessores³¹⁴.

Referentemente à legislação norte-americana (*statute law*), percebe-se atualmente uma proliferação de leis nos EUA³¹⁵. Existem códigos civis num certo número de estados americanos como Califórnia, Dakota do Norte e do Sul, Geórgia e Montana, bem como códigos de processo civil em 25 estados³¹⁶. No tocante à legislação criminal, o *statutory law* passou a prevalecer em lugar do *judge-made law*, principalmente em relação à tipificação de condutas e estabelecimento de penas³¹⁷, chegando ao ponto da doutrina norte-americana definir o *nullum crimen nulla poena, sine lege* como *fundamental principle and basic premise*³¹⁸. No ordenamento jurídico norte-americano, durante o século XIX e o início do XX, diversas condutas foram criminalizadas sem que houvesse nenhum diploma legal tipificando-as, por exemplo a *conspiracy, attempt to commit a crime, solicitation to commit a crime, keeping a house of prostitution* etc³¹⁹. No início da independência americana, a maioria dos estados tinham *common law crimes*, ou seja, delitos tipificados por decisões judiciais. De forma breve, os estados começaram a promulgar leis criminais e no século XIX, muitos deles promulgaram códigos penais, tipificando delitos inexistentes na *common law*. Alguns absorveram

³¹³ DAVID, René. op. cit. p. 491. Em relação à segurança jurídica, nos reportamos às considerações feitas no primeiro capítulo.

³¹⁴ DAVID, René. op. cit. p. 491.

³¹⁵ Idem, p. 505.

³¹⁶ Idem, 506.

³¹⁷ LAFAYE, Wayne & SCOTT JR., Austin. *Criminal law...* p. 37.

³¹⁸ LAFAYE, Wayne; SCOTT JR, Austin. op. cit., p. 8.

³¹⁹ Idem, p. 68.

os *common law crimes*, outros os aboliram, mas nos anos recentes, a grande maioria dos estados promulgou novos códigos penais, e aboliram quase que totalmente os *common law crimes*³²⁰.

Contudo, no ordenamento jurídico norte-americano, a lei não tem sentido enquanto não for interpretada pelos tribunais³²¹. O mesmo acontece com os dispositivos constitucionais. Neste sentido, temos *the privilege against self-incrimination*, ou o direito do acusado a não autoincriminação, que é previsto na emenda V da Constituição americana (“*shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”). Tal preceito ganhou mais amplitude e aplicabilidade a partir do precedente *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966). Neste estabelecido precedente, foi decidido, dentre outros pontos, que o privilégio do acusado de não se autoincriminar estendia-se também a fase de interrogatório policial e indo mais além, surgiu *The Miranda rules*, que estabeleceu diversas diretrizes específicas sobre esse direito, verdadeiros comandos, como por exemplo, o direito do acusado ao silêncio, o direito de ser informado dos termos de sua inquirição e da possibilidade de se manter em silêncio, o direito a um advogado, dentre outros³²².

Desta forma, percebe-se a enorme importância dada aos precedentes judiciais no sistema norte-americano, contudo os limites de aplicação e aceitabilidade deste ou daquele precedente são bem glosados, feitos com muita parcimônia, até porque a Suprema Corte americana julga poucos casos em comparação ao nosso Supremo Tribunal Federal. A doutrina do *stare decisis* é baseada fundamentalmente na similaridade entre os casos. Porquanto dois casos nunca apresentam precisamente os mesmos fatos — conforme explicitamos no primeiro capítulo dessa dissertação —, os operadores do direito (advogados, juízes) “distinguem” precedentes desfavoráveis a suas linhas de argumentação,³²³ solução salutar que possivelmente poder-se-ia adotar no Brasil.

³²⁰ Idem, p. 66. O maior motivo para o desaparecimento dos *common law crimes* foi a atitude dos estados americanos em promulgar códigos penais compreensíveis no lugar da confusa e descoordenada existência de leis esparsas. LAFAYE, Wayne; SCOTT JR, Austin. op. cit. p. 74.

³²¹ DAVID, René. op. cit. p. 506.

³²² ISRAEL, Jerold H. & LAFAYE, Wayne. *Criminal procedure: constitutional limitations. (in a nutshell)* 6th edition. St. Paul, Minnesota.: Westgroup. 2001. p. 204/206

³²³ FINE, Toni. *O uso do precedente...* p. 94.

2.3.2. Portugal

Como se sabe, o ordenamento jurídico português é filiado à “família” romano-germânica, possuindo características muito semelhantes ao sistema jurídico brasileiro, até porque em nosso “mapa genético” jurídico encontra-se presente a inevitável influência lusitana e de suas instituições e institutos. Desta forma, o presente tópico não objetiva a análise da estrutura das fontes de direito do direito português, mas tão-somente o elemento que se relaciona ao cerne desse trabalho, qual seja, a aplicabilidade e função dos precedentes judiciais e/ou jurisprudência dos tribunais, mormente a existência dos assentos portugueses que até pouco mais de dez anos atrás ainda persistiam no direito lusitano.

Como visto no princípio deste capítulo, a primeira experiência brasileira com decisões judiciais de efeito vinculante se deu com os assentos da Casa de Suplicação portuguesa. O início do direito brasileiro inevitavelmente (por razões histórico-culturais) confundiu-se em determinado momento com a história do direito português. No tocante aos assentos, surge uma bifurcação que aqui será analisada.

O poder da Casa de Suplicação para proferir assentos findou-se em Portugal em 28 de março de 1822³²⁴, por deliberação tomada pelos membros da Mesa Grande da Relação, pouco antes da promulgação da constituição portuguesa daquele ano³²⁵, haja vista a influência das

³²⁴ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva. 2005. p.191.

³²⁵ “(...) antes de se entrar em discussão alguma sobre a intelligencia das Leis, que fazião o objecto dos Assentos, que se tinham requerido, era necessario examinar-se primeiro se esta Mesa conservava actualmente a mesma autoridade, que tinha em outro tempo?(...) Porque não podendo duvidar-se de que os Assentos contém decisões legaes, e constituem parte da nossa Legislação, era igual certeza, que elles são por isso da competencia privativa e propria do Poder Legislativo.(...) Hoje porém as cousas estão mudadas: a Nação reassumio aquelle Poder, e o está pelos seus Representantes nas Côrtes Geraes, Extraordinarias e Constituintes da mesma Nação (...) vindo por tanto a ser evidente, que assim como cessou a auctoridade do Delegante, cessou tambem logo a do Delegado; porque sem Constituinte não há constituído; e por huma necessaria consequencia estão as sobreditas Leis, quanto ao seu effeito nesta parte, virtualmente e de facto suspensas: não podendo em taes circumstancias esta Mesa na presença das Cortes, e sem huma Delegação dellas, fazer interpretação alguma authentica.(...) E procedendo-se a isso, se assentou por uniformidade de votos, que esta Mesa, depois da nova ordem de cousas, não podia já pelas razões ponderadas tomar Assentos sobre a intelligencia de qualquer Lei, sem huma nova Delegação do Poder Legislativo; devendo as Partes e Juizes nos casos duvidosos recorrer ao mesmo Poder”.

ideias liberais e da doutrina da separação dos poderes do Estado previstas na Revolução Francesa e a Constituição norte-americana³²⁶. Com o advento da constituição e do liberalismo, o sistema político e jurídico-normativo em que se estruturava a monarquia absolutista foi profundamente alterado, não deixando o novo ideário sobre a filosofia do Estado de se repercutir no sistema judiciário e, como inevitável consequência, no instituto dos assentos, tal qual se configurava³²⁷.

Constituído o Supremo Tribunal de Justiça, em 1832 (prevista sua criação na constituição de 1822, porém só efetivamente colocado em prática dez anos após), foi-lhe atribuída a competência para estabelecer a unidade da interpretação e aplicação da lei, mas não expressamente para editar assentos³²⁸. Com a desapareição da Casa de Suplicação, cessou a aplicação e operatividade do instituto dos assentos. Após esse período, registraram-se várias tentativas do próprio governo de estabelecer formas que possibilitassem a uniformização dos julgados³²⁹.

Contudo, foi somente após o advento da ditadura militar em 28.05.1926, com a reforma do direito processual civil, que se materializou a preocupação com a uniformidade jurisprudencial. O Decreto nº 12353, de 22 de setembro de 1926 relatava em seu relatório preambular que “tornou-se sempre definitivo o julgamento do Supremo Tribunal de Justiça, e finalmente adotaram-se providências no sentido de se assegurar a uniformização da jurisprudência, declarando-se obrigatória a doutrina dos acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça proferidas em tribunal pleno”³³⁰.

Mesmo após as posteriores alterações legislativas, o regime instituído pela reforma de 1926, foi intactamente transportado para o Código de Processo Civil português de 1939³³¹. Apesar de nenhum diploma legislativo até então haver feito referência expressa à denominação “assento”, sendo apenas chamadas as decisões do STJ de “acórdãos proferidos em tribunal pleno” (arts 66, §2º do Decreto nº 12353 e 1176,

In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico*: vol. I... p. 317/318.

³²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão 810/93. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 10.01.2007.

³²⁷ Idem, *ibidem*.

³²⁸ SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante*... p. 192.

³²⁹ Portaria de 27.10.1898; Lei nº 706/1917; Decreto nº 4.620/1918, dentre outros. SIFUENTES, Mônica. op. cit. 193/194.

³³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão 810/93...

³³¹ Idem, *ibidem*.

§§6º e 7º do Código de Processo Civil de 1876), certo é que a partir de dezembro de 1927, o Supremo Tribunal de Justiça passou a proferir *assentos*³³². Com a promulgação do CPC de 1939, a denominação foi legalmente reincorporada no ordenamento jurídico português. A ele seguiu o CPC de 1961, que, entretanto eliminou a faculdade de se alterar a doutrina fixada nos seus assentos, sendo atribuída força obrigatória aos mesmos pelo Código Civil de 1966, em seu artigo 2º³³³. O Código de Processo Penal português de 1929 em seus artigos 668 e 669, apesar de não ter incorporado a denominação “assento”, por visível influência da reforma de 1926, previa um recurso para o tribunal pleno em ordem à uniformização da jurisprudência.

Discussão doutrinária intensa foi travada durante os anos acerca da natureza e definição dos assentos, bem como de sua legitimidade perante o ordenamento jurídico português, *cujos frutos podem e devem ser aproveitados na discussão brasileira acerca da súmula vinculante*. Castanheira Neves, autor que melhor escreveu sobre os assentos, os definia, utilizando as conceituações legais como “as prescrições que ao Supremo Tribunal de Justiça, funcionando em ‘tribunal pleno’, compete emitir para resolver um ‘conflito de jurisprudência’ — prescrições que se vêm a traduzir na conversão da doutrina ou posição jurídica, por que o tribunal se dedica na solução desse conflito, num enunciado normativo com ‘força obrigatória geral’ (art. 2º do Código Civil)”³³⁴.

Os autores se dividiram entre aqueles que caracterizavam o instituto como mera expressão de *jurisdictio* e aqueles que lhe atribuíram dimensões inequívocas de *legislatio*³³⁵. Com base no instituto dos assentos, ao Supremo Tribunal de Justiça, confrontado com um “conflito de jurisprudência” que respeitasse os requisitos processualmente definidos, era imposta a “obrigação” de resolver “definitivamente” através da enunciação de uma prescrição jurídica que, tendo embora resultado da solução dada aquele conflito ou sendo a síntese dessa

³³² Idem, *ibidem*.

³³³ Art. 2º do Decreto-Lei nº 47.344/1966: “Nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral”. SIFUENTES, Mônica. op. cit. p. 196 e 198.

³³⁴ NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. vol. I. Coimbra: Coimbra editora. 1995. p. 345.

³³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. *Acórdão 810/93*... No referido acórdão constam a relação de autores e obras que divergem sobre a natureza dos assentos.

solução, passava a valer “para o futuro” como “preceito normativo geral e abstrato” e dotado de “força geral e obrigatória”³³⁶.

No âmbito do processo penal português, Figueiredo Dias já anotou a influência indevida dos assentos como fonte de direito. Reconhece o autor que o “direito judicial”, criado por via jurisprudencial, tem o seu relevo, contudo afirma que não se trata de uma fonte “formal”, sendo que ele “não pode nem deve pôr-se ao mesmo nível de *obrigatoriedade geral* que cabe à lei, nem em *conflito* com ela, de modo a arrastar uma questão de prevalência ou hierarquização”³³⁷. É evidente, segundo anota Figueiredo Dias, que a jurisprudência tem o seu valor, vez que sua força deriva toda de o fato do direito ter deixado de ser um mero conjunto de princípios gerais e abstratos, pois não basta a norma geral e abstrata para, através dela, se obter sem mais, por puros métodos lógico-formais, a decisão cabida a uma certa situação³³⁸.

No que tange à aplicabilidade dos assentos em sede processual penal, Figueiredo Dias é taxativo:

“Facilmente se intuem são delicados problemas que, sob diversas perspectivas, esta “fontes de direito” pode suscitar— nomeadamente o de saber se o conteúdo normativo do Assento assume a mesma natureza e valor que lhe pertencia se fosse estabelecido por lei. Cremos que tais problemas são, em último termo, consequência de a função de *qualquer* tribunal se não adequar bem a fixação de doutrina com força obrigatória *geral*, antes só, como dissemos, à declaração do *direito do caso*; e julgamos dever temer-se que tal fonte de direito—que se diria adequada perfeitamente à necessária dinâmica do direito face à variedade da vida—, venha a contribuir para o exacerbação do positivismo jurídico (aqui alcançado por via judicial). Seja como for, é este um dado a ter em conta— e não são raras as suas hipóteses— no domínio das fontes do direito processual”³³⁹.

Prosseguindo, o autor lusitano garante que os assentos do Su-

³³⁶ Idem, *ibidem*.

³³⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra editora. 1974. (reimpressão 2004) p. 89.

³³⁸ Idem, *ibidem*.

³³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal...* p. 90.

premo Tribunal de Justiça constituem limitações à independência judicial³⁴⁰. Em verdade, não se adequa à função dos tribunais a fixação de “doutrina com força obrigatória geral” em que os assentos traduzem (art. 2º do Código Civil português), introduzindo um corpo estranho que afeta a independência funcional da magistratura³⁴¹. Em relação aos efeitos dos assentos *erga omnes*, garante o autor que “é a própria independência do juiz perante os outros tribunais que deste modo é posta absolutamente em causa”³⁴².

Maior crítico dos assentos, Castanheira Neves caracterizou os assentos como “normas jurídicas legislativas, pois se realizam neles as dimensões tanto materiais como formais de uma mesma norma dessa natureza — e com possibilidades normativas não só de interpretação autêntica como inclusivamente inovadoras, e inovadoras mesmo para além do âmbito estrito da integração, no seu sentido tradicional”³⁴³.

Nesta esteira, o autor português resume suas críticas ao instituto:

“Exercício assim de uma função legislativa por um poder constitucionalmente não legislativo (poder judicial), o instituto dos assentos é criticável a muitos títulos. E primeiro lugar, é de uma mais que duvidosa validade constitucional — está em contradição simultaneamente com o sentido da função jurisdicional e com o sentido da função legislativa, tal como os assume a Constituição vigente na linha do paradigma estrutural e funcional do Estado-de-Direito. Em segundo lugar, presuppõe e manifestamente exprime uma concepção do direito já hoje superada — uma sua concepção puramente legalista e normativístico-abstracta, que não compreendia a função normativo-judicadamente constitutiva da jurisprudência na sua judicativo-concreta e histórico-evolutiva realização do direito. Em terceiro lugar, o seu regime jurídico revela algumas características de todo inadmissíveis: a) a obrigatoriedade imposta ao Supremo Tribunal de Justiça de prescrever uma solução jurídica definitiva e abstractamente universal, verificada que seja

³⁴⁰ Idem, p. 310.

³⁴¹ Idem, ibidem.

³⁴² Idem, ibidem.

³⁴³ NEVES, A. Castanheira. *Digesta*.... p. 347.

apenas uma divergência de jurisprudência pela oposição entre *dois* acórdãos; b) a prescrição de uma norma geral a partir de uma decisão jurisdicional concreta e simplesmente como uma sua incondicional generalização; c) a fixidez ou inalterabilidade dos assentos emitidos. Por último, o objectivo da uniformização da jurisprudência não exige necessariamente um instituto tão anómalo como o dos assentos — assim o comprova o direito comparado — nem a experiência mostra que o instituto tenha tido particular eficácia quanto a esse objectivo”³⁴⁴.

Todavia, a partir de 1993, como afirma Canotilho, a questão dos assentos perdeu o interesse³⁴⁵. Como se adotasse integralmente as lições de Castanheira Neves, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional o artigo 2º do Código Civil português no acórdão 810/93, considerado um marco no ordenamento constitucional lusitano³⁴⁶.

Nas razões do julgado iniciou-se afirmando que “os assentos atuais não têm de comum com os assentos da Casa de Suplicação apenas a designação, havendo entre eles uma inegável analogia, abstrai da que seja a diversidade dos sistemas e processos em que uns e outros se inserem—a homologia não é, pois, só nominativa, é ainda telológico-institucional”. Asseverou-se que o pensamento que conduziu à recuperação dos assentos “revela o paradoxo, exactamente, de se ter restaurado uma instituição que estava na coerência e era produto de um sistema político-jurídico que se viu recusado pelo sistema-jurídico ao serviço do qual se pretendeu pôr agora essa restauração”³⁴⁷.

Nesta linha argumentativa, o Tribunal reconheceu que o ordenamento constitucional lusitano acolheu “o princípio da tipicidade das leis, individualizando-se quais os actos legislativos que como tais são previstos na Constituição - leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais - (artigo 115º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa-

³⁴⁴ NEVES, A. Castanheira. *Digesta...* p. 347.

³⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional...* p. 938.

³⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Acórdão 810/93, Disponível em www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em 10.01.2007. Tal julgado é analisado em ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. 143p.

³⁴⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. Acórdão 810/93...

sa), proibiu-se a criação, por via legal, de outras categorias de actos legislativos (artigo 115º, nº 5, 1ª parte)³⁴⁸, assim como se tornou defeso que a lei possa conferir a actos de outra natureza, isto é, a actos não legislativos, o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”³⁴⁹.

Prossegue o Tribunal ao afirmar que “a proibição de actos não legislativos de interpretação ou integração das leis, não exclui todos os actos interpretativos ou integrativos com eficácia externa. A administração e os tribunais não podem deixar de interpretar e integrar as leis quando as aplicam. O que se pretende proibir é a interpretação (ou integração) autêntica das lei através de actos normativos não legislativos, seja de natureza administrativa (regulamentos), seja de natureza jurisdicional (sentenças)”³⁵⁰.

Conclui o julgado que “deste modo, sendo função dos assentos interpretar ou integrar autenticamente as leis, a norma que lhes atribui força obrigatória geral, não pode deixar de incorrer em colisão com o artigo 115º, nº 5 da Constituição”³⁵¹. Os assentos inevitavelmente enrijecem o sistema jurídico, e nessa esteira resumiu o Tribunal: “a consagração de um tal sistema, rígido e imutável, para além de anquilosar e impedir a evolução da jurisprudência, necessariamente ditada pelo devir do direito e da sua adequada realização histórico-concreta, contraria manifestamente o sentido mais autêntico da função jurisprudencial”. E prossegue:

“Uma tal definição jurisprudencial, provinda do mais alto tribunal da hierarquia dos tribunais judiciais (no presente processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, apenas importa considerar os assentos do Supremo Tribunal de Justiça) sem eficácia externa *erga omnes*, e susceptível, em princípio, de impugnação processual pelas partes interessadas na causa, há-de ter-se como adequado elemento integrativo

³⁴⁸ Art. 115 da Constituição portuguesa (actos normativos): “1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.(...) 5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”.

³⁴⁹ Idem, ibidem.

³⁵⁰ Idem, ibidem.

³⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão 810/93....

da própria estrutura jurisdicional de que promana. A subordinação devida pelos tribunais àquela jurisprudência, tem algo de comum com a generalidade das decisões proferidas em via de recurso às quais é devido acatamento mesmo quando delas dissintam os juízes dos tribunais de instância³⁵².

Desde esse julgado não mais vigoram os “assentos” no ordenamento português. Contudo, ainda existe vinculação normativa de decisões do Tribunal Constitucional acerca da constitucionalidade das leis. À evidência, não se devem confundir os assentos expedidos pelo Supremo Tribunal de Justiça, cujo caráter vinculativo foi considerado inconstitucional (acórdão 810/93), com os acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional de Portugal, estes sim com força obrigatória e geral³⁵³. O efeito *erga omnes* dos acórdãos do Tribunal Constitucional exsurge do art. 281, nº 1 e 3 da Constituição portuguesa³⁵⁴.

Cabe ressaltar que como no sistema brasileiro, há a previsão no ordenamento infraconstitucional de mecanismos que visam a uniformização da jurisprudência, certeza e segurança no direito. Os mesmos são obtidos pelos recursos da “revista ampliada” (Cód. Processo Civil, art. 732º-A e Cód. Processo Penal, art. 437º e ss.). Estas sentenças de uniformização de jurisprudência não possuem a força vinculativa genérica dos antigos assentos e estão sujeitos, como em nosso país, ao princípio da revisibilidade³⁵⁵.

A quase totalidade dos argumentos expendidos em sede constitucional portuguesa pode e deve ser aproveitada em nossa discussão acerca do cabimento e legitimidade da “súmula vinculante”. Ao invés de se olhar para modelos estrangeiros totalmente distintos do brasileiro, cabe analisar os que possuem afinidade com o nosso. O português é, negavelmente, o mais indicado para ser adotado como paradigma.

³⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, Acórdão 810/93....

³⁵³ STRECK, Lênio. *Súmula vinculante...* p. 97.

³⁵⁴ “Art. 281º da Constituição portuguesa (fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade): 1. O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas; (...) 3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”.

³⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional...* p. 938.

CAPÍTULO 3

SÚMULA VINCULANTE E AFINS

3.1. Direito vinculante. Mecanismos existentes no Direito brasileiro de vinculação normativa de decisões judiciais

A questão da vinculação normativa de decisões judiciais não é novidade trazida pela Emenda constitucional nº 45/2004 e a “súmula vinculante”. Não só como demonstrado no capítulo anterior, relativo aos antecedentes na história do direito brasileiro, há atualmente em vigor certos mecanismos contidos em decisões judiciais, decorrentes de recursos ou ações propriamente ditas, que já exercem de maneira clara uma vinculação *erga omnes* no ordenamento jurídico nacional. No presente item, serão analisados esses mais evidentes e usuais institutos, não se adentrando especificamente às minúcias e aspectos históricos de cada um.

Um dos mais conhecidos mecanismos que possibilitam o surgimento de uma decisão judicial vinculante diz respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do controle de constitucionalidade das leis por via de ação direta³⁵⁶. Luís Roberto Barroso a conceitua como um exercício atípico de jurisdição, pois nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante a aplicação da lei pelo órgão julgador³⁵⁷. Seu objeto é um pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial; a ação direta destina-se à “proteção do próprio ordenamento, evitando a presença

³⁵⁶ Uma das mais completas obras sobre o tema é BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. 333p.

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 134.

de um elemento não harmônico, incompatível com a Constituição”³⁵⁸.

Tal controle decorre por duas vias: pela ação direta de inconstitucionalidade e pela ação declaratória de constitucionalidade³⁵⁹. A primeira decorre de previsão constitucional contida no artigo 102, I, *a* da Constituição Federal, sendo competência precípua do STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal, sendo legitimados a propô-la todos os agentes constantes no rol do art. 103 da Constituição, sendo os mesmos que poderão propor a aprovação, cancelamento ou revisão de súmula vinculante conforme o art. 103-A.

No que tange aos efeitos da decisão, pode-se afirmar que o pronunciamento do STF em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina costuma referir-se a eles, após a edição da Lei nº 9.868/99, como sendo, em regra, retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes³⁶⁰. Em relação aos limites objetivos da coisa julgada em sede de Adin, há a eficácia vinculativa; juízes e tribunais, ao decidir questão a eles submetida que diga respeito a uma lei, não poderão reconsiderar, como premissa necessária, que a mesma foi objeto da decisão do STF é inconstitucional, sob pena de ofensa à coisa julgada³⁶¹. No que tange aos limites subjetivos da coisa julgada na declaração de inconstitucionalidade, dúvida não há: sua eficácia é contra todos. A extensão *erga omnes* da autoridade da coisa julgada explica-se, doutrinariamente, por força do fenômeno da substituição processual³⁶².

O efeito vinculante da decisão de inconstitucionalidade se produz, conforme dicção do art. 102, §2º da Constituição Federal, em relação ao Judiciário e à Administração. No tocante aos órgãos judiciais, já não lhes caberá o juízo incidental acerca da constitucionalidade da norma, devendo sua decisão no caso concreto partir da premissa estabelecida pelo STF sobre a validade ou não da norma³⁶³.

³⁵⁸ Idem, *ibidem*.

³⁵⁹ Não podemos esquecer também a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF (art. 102, §1º da CF), de pouco uso prático.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade...* p. 172.

³⁶¹ Idem, p. 175.

³⁶² Idem, p. 179.

³⁶³ Idem, p. 181.

Em caso da inobservância do efeito vinculante, seja pelo magistrado de primeira instância, seja pelo tribunal local, caberá reclamação (cf. art. 102, I, *l*, CF).

Criada pela Emenda Constitucional nº 3/93, a ação declaratória de constitucionalidade, que não apresenta similar rigorosamente próximo no direito comparado³⁶⁴, criou muita polêmica e controvérsia. Inobstante à existência da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, foi criada ação declaratória e constitucionalidade que prevê o reconhecimento expresso pelo STF da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes³⁶⁵. Trata-se, segundo Barroso, de uma ratificação dessa presunção de constitucionalidade, cuja finalidade é “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria”³⁶⁶.

À época de sua implementação, muitos doutrinadores aduziram ser inconstitucional essa “nova” ação, pois seria “uma advocatória travestida” e criaria uma “dependência” entre o Legislativo e Judiciário, ferindo o equilíbrio entre os Poderes³⁶⁷, e violaria o acesso ao Judiciário, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa³⁶⁸.

Tais críticas têm a ver com os efeitos gerados pela decisão em sede de declaratória de constitucionalidade, mais precisamente aos limites subjetivos de sua coisa julgada. A decisão proferida em sede dessa ação tem eficácia em relação a todos³⁶⁹. As pessoas e instituições legitimadas a sua propositura (os mesmos legitimados à propositura da Adin) atuam diante substituição processual, em nome da coletividade e na tutela do interesse público primário. Do caráter *erga omnes* do julgado (art. 102, §2º da CF) resulta que qualquer pessoa a quem aproveite a invocação da decisão poderá fazê-lo, sem que seja necessário novo reconhecimento judicial da tese jurídica estabelecida³⁷⁰.

³⁶⁴ Idem, p. 202.

³⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 203.

³⁶⁶ Idem, *ibidem*.

³⁶⁷ STRECK, Lênio. *Súmulas...* p. 138.

³⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 204.

³⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 214.

³⁷⁰ Idem, *ibidem*.

A decisão será irrecorrível em qualquer caso, comportando apenas a interposição de embargos de declaração, e não podendo ser objeto de ação rescisória (art. 26, Lei nº 9.868/99). O reconhecimento de constitucionalidade da norma reitera a presunção que já a acompanhava desde o nascimento; a norma era válida e continua sendo, apenas tendo reafirmada sua força impositiva³⁷¹. Assentada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinado ato normativo, figurará ele como premissa lógica e necessária das decisões judiciais e administrativas subseqüentes³⁷².

O desrespeito ao decidido em sede do julgado da ADC, tendo em vista seu efeito vinculante, ensejará a utilização de reclamação (art. 102, I, l, CF). A decisão que acolhe o pedido tem, como a designação da ação sugere, natureza declaratória. Conseqüentemente, ela não inova na ordem jurídica, limitando-se a estabelecer “certeza jurídica” acerca da situação preexistente³⁷³, podendo ser dito que seus efeitos se produzem *ex tunc* no sentido de que a lei será tida como constitucional desde a sua entrada em vigor.

Outra forma de vinculação normativa de decisões judiciais é a indevida vinculação da jurisprudência na Justiça do Trabalho³⁷⁴, A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) contém expressamente uma forma de vinculação de súmulas, em seu artigo 896³⁷⁵, O Tribunal Superior do Trabalho edita súmulas consubstanciadas em

³⁷¹ Idem, p. 211.

³⁷² Idem, p. 214.

³⁷³ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 215.

³⁷⁴ O termo ‘indevida’ é utilizado por Lênio Streck. STRECK, Lênio. *Súmulas...* p. 150. O ministro do STF Sepúlveda Pertence observou que o primeiro texto positivo a emprestar força normativa geral à interpretação judicial da lei foi o do art. 902, §1º, da CLT, que fazia compulsório para os Tribunais Regionais e as Juntas o respeito aos prejudgados do TST. (STF, Adin nº 594-DF, in: RTJ, v. 151, jan-1995).

³⁷⁵ “art. 896, CLT: Cabe Recurso de Revista das decisões de última instância para o Tribunal Superior do Trabalho, quando: a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado o mesmo ou outro Tribunal Regional, através do Pleno ou de Turmas, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado da Súmula de Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho; (...) §5º. Estando a decisão recorrida em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, poderá o Ministro relator, indicando-o, negar seguimento ao recurso de Revista, aos Embargos, ou ao Agravo de Instrumento. Será denegado seguimento ao recurso nas hipóteses de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação, cabendo a interposição de Agravo”.

verdadeiros textos legislativos, com aplicação geral e abstrata, que vinculam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, por intermédio de uma arquitetura jurídica subordinante, a qual garante a irresistibilidade ao seu cumprimento e se alicerça nos trâmites e fundamentos do direito do trabalho³⁷⁶.

Além das súmulas interpretativas, que uniformizam a jurisprudência, pacificando entendimentos outrora controvertidos em relação a inúmeras matérias, a Corte máxima trabalhista concede a vários de seus textos sumulados a particularidade de criar, modificar e extinguir direitos³⁷⁷. Julga, o TST, as próprias leis que fabrica, sem que sofra qualquer espécie de controle, posto que a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) não alcança, a princípio, estes supostos procedimentos de conduta³⁷⁸. Desta forma, segundo Streck, o TST assume foros de legislador e intérprete final de seu próprio produto, uma vez que, em um primeiro momento, esse tribunal “legisla”, concebendo a “correta interpretação” de uma norma do sistema; logo em seguida, continua o autor, quando algum tribunal de hierarquia inferior elabora interpretação diferente acerca dessa mesma norma, o mesmo TST impede, de plano, a discussão sobre essa divergência jurisprudencial, mediante a aplicação da combinação do conteúdo da alínea *a* e do art. 896, §5º da CLT³⁷⁹.

O art. 896 da CLT condiciona a apreciação de recurso à obediência às súmulas *lato sensu* do TST. Mesmo que tribunais inferiores julguem contrariamente ao entendimento sumulado, uma vez provocada a instância máxima trabalhista, cujo estopim, aqui, é o descumprimento da própria súmula, ela a aplica, invariavelmente³⁸⁰. A súmula deixa de incidir apenas quando, em última análise, o TST não encontra identidade entre ela e o caso concreto ou, ainda, quando permanece o caso concreto em detrimento da súmula (que é, então, extinta, pois súmula e julgado a ela contrário não podem coexistir) ou, em caráter excepcionalíssimo, quando

³⁷⁶ FARAH, Gustavo Pereira. *O controle concentrado de constitucionalidade de súmulas do Tribunal Superior do Trabalho*. Curitiba. 2006. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná. P. 10.

³⁷⁷ Idem, *ibidem*.

³⁷⁸ Idem, *ibidem*.

³⁷⁹ STRECK, Lênio. *Súmulas...* p. 151.

³⁸⁰ FARAH, Gustavo Pereira. *O controle concentrado...* p. 209.

este tribunal a nega, como nega a uma lei³⁸¹.

O sustentáculo da vinculação das súmulas não se concentra, porém, no art. 896 da CLT, que se apresenta tão-só como uma ilustração do procedimento, já que a súmula *stricto sensu* do TST nº 333³⁸² há muito prevê a supremacia da matéria sumulada. Não se pode perder de vista também, em sede trabalhista, a chamada “sentença normativa trabalhista”, no que diz respeito ao julgamento de dissídios coletivos. Por ela, em caso de dissídio coletivo referente a novas condições de trabalho, o tribunal competente pode estender tais condições a todos os empregados da empresa da mesma profissão, mesmo aos que não figuraram como parte no dissídio³⁸³. A extensão ainda poderá ser maior, abrangendo todos os empregados da mesma categoria profissional, dentro da jurisdição do tribunal, desde que cumpridas as exigências dos arts. 868, 869 e 870 da CLT³⁸⁴, tratando-se pois de decisão que foge aos moldes da sentença clássica, cujos efeitos só atingem as partes³⁸⁵.

No campo dos ramos da justiça especializada, cita-se ainda o poder normativo da Justiça Eleitoral, que é exercido através de resoluções, que nada mais são que atos normativos editados pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pelos tribunais regionais eleitorais acerca de qualquer tema de direito eleitoral, tais como elegibilidade, coligações, prazos, pesquisas, propaganda eleitoral e voto³⁸⁶. As resoluções, que são freqüentemente provocadas, têm a competência para responder ao que se convencionou chamar de consultas, que

³⁸¹ Idem, *ibidem*.

³⁸² Súmula nº 333: “Não ensejam recursos de revista ou de embargos decisões superadas por iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

³⁸³ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Supremo Tribunal Federal e a nova fisionomia do judiciário...* p. 10, *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante...* p. 235.

³⁸⁴ Art. 868, CLT: “Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho, e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes”. Art. 869: “A decisão sobre novas condições de trabalho poderá ser estendida a todos os empregados da mesa categoria profissional compreendida na jurisdição do Tribunal”. Art. 870: “Para que a decisão possa ser estendida, na forma do artigo anterior, torna-se preciso que três quartos dos empregadores e três quartos dos empregados, ou os respectivos sindicatos, concordem com a extensão da decisão”.

³⁸⁵ SAMPAIO, Nelson. *op. cit.* p. 235.

³⁸⁶ SOUZA, Marcelo de. *op. cit.* p. 237.

sempre são indagações em tese, nunca em um caso concreto³⁸⁷. Tais resoluções tem caráter vinculativo.

Uma outra forma de vinculação normativa é para alguns a norma inserta no art. 38 da Lei nº 8.038/90³⁸⁸, que contempla a forma procedimental dos recursos juntos aos tribunais superiores (STF e STJ). Introduziu-se através desse diploma legislativo uma forma indireta de atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores, mais especificamente, às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal³⁸⁹. Segundo Streck, o “mais grave problema não reside no caráter monocrático da decisão, mas na vincularidade que se dá às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça”³⁹⁰. Continuando, o autor gaúcho diz que sutilmente o legislador inseriu a época dispositivo vinculante que contraria a tradição do ordenamento jurídico nacional, atribuindo efeito vinculante às súmulas dos tribunais superiores³⁹¹.

Mais flagrante que o exemplo acima citado, é a previsão do art. 518, §1º do Código de Processo Civil, reformado pela Lei nº 11.276/2006, no qual há a expressa menção de que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Contudo, uma das mais graves formas de vinculação normativa recém-implantada no ordenamento jurídico nacional, é a previsão constante no art. 285-A do CPC, inserido pela Lei nº 11.277/2006, a chamada “sentença vinculante” ou “sentença emprestada” de primeira instância. Tal dispositivo prevê “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor

³⁸⁷ Idem, *ibidem*.

³⁸⁸ Art. 38 da Lei 8.038/90: “O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal”. Há de se fazer referência ao artigo 557 do CPC, que de mesma sorte, dota de efeitos vinculantes o teor de súmulas do STF e STJ.

³⁸⁹ STRECK, Lênio. *op. cit.* p. 145.

³⁹⁰ Idem, p. 146.

³⁹¹ Idem, *ibidem*.

da anteriormente prolatada”. Cabe ressaltar que o referido artigo foi contestado por ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil³⁹², sendo alegado na inicial que tal dispositivo de lei viola os princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal³⁹³.

3.2. “Teoria Geral das Súmulas”?

No contexto atual de nosso ordenamento jurídico, usual é a noção de se erigir e classificar “súmula” como um instituto jurídico, regulamentado em certos dispositivos de lei e tido por grande parte da doutrina e dos tribunais como um ente jurídico ou até mesmo um ramo do direito³⁹⁴. Na esteira dessa quase mitificação das “súmulas”, e tendo em vista as subdivisões surgidas (persuasiva e vinculante, que serão analisadas nos próximos itens), muitos chegam a identificar um “direito sumular” e uma “teoria geral das súmulas”³⁹⁵. Entretanto, qualquer um que busque as origens da “súmula”, principalmente na concepção de seu idealizador, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Victor Nunes Leal, perceberá a total inaplicabilidade e impossibilidade de invocar-se uma teoria geral ou tratar a “súmula” como um instituto jurídico propriamente dito. Como expressamente afirmou Victor Nunes, a súmula é um **“método de trabalho, insti-**

³⁹² Adin nº 3.695, rel. César Peluso. Autos encontram-se conclusos ao relator desde 22.04.2009, contando com parecer da Procuradoria-Geral da República opinando pela improcedência do pedido e parecer do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), na qualidade de *amicus curiae*, também opinando pela improcedência do pedido da Adin.

³⁹³ Petição inicial da Adin nº 3.695 disponível em www.stf.gov.br.

³⁹⁴ Neste sentido, sintomático é o título da obra de Roberto Rosas, *Direito sumular*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002. De mesma forma, sustentando o “Direito Sumular” como nova categoria do Direito: SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá. 2006. p. 59.

³⁹⁵ José Rogério Cruz e Tucci elabora um esboço de teoria geral do precedente judicial, na qual enxerga o autor, à partir de sistemas jurídicos histórica e estruturalmente heterogêneos, vetores que poderiam orientar o estabelecimento duma teoria geral, tais quais dimensão institucional, objetiva, estrutural e de eficácia. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial...* p. 304/312. Todavia, no condizente às “súmulas”, não se vislumbra a mesma possibilidade pelos argumentos que serão expostos.

tuído pelo Supremo Tribunal Federal, por emenda ao Regimento, publicada em 30.08.63³⁹⁶. Um método de trabalho, somente.

Como dizia Miguel Reale as súmulas são como que uma sistematização dos prejulgados, ou, numa imagem talvez expressiva, “o horizonte da jurisprudência”, que se afasta ou se alarga à medida que se aprimoram as contribuições da Ciência Jurídica, os valores da doutrina, sem falar, é claro, nas mudanças resultantes de novas elaborações do processo legislativo³⁹⁷. A súmula, reflete, em verdade, a posição pacificada de um Tribunal (no caso, o STF) diante de uma questão jurídica.

Este método de trabalho foi idealizado inicialmente para ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante³⁹⁸. Gilmar Mendes afirma que a súmula do STF “constitui uma das mais significativas inovações em termos de racionalização do processo de decisão por parte das nossas Cortes Superiores”³⁹⁹. Desta feita, os demais tribunais locais, bem como o extinto Tribunal Federal de Recursos, passaram também a adotar a “súmula”, que seguia disposição prevista no Código de Processo Civil em seu art. 479⁴⁰⁰, resultando da maioria absoluta alcançada no julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, que tomou o lugar do antigo prejulgado⁴⁰¹.

Ressaltava Victor Nunes que a difusão que teve a súmula, repita-se, como método de trabalho (seu aspecto de maior eficácia), suplantou sua condição de mero repertório oficial de jurisprudência do STF, revestindo-se de alguns efeitos processuais:

“Nem a Súmula ficou com efeitos que se pudessem comparar com os da lei, nem a adoção de novos enunciados se faz de

³⁹⁶ LEAL, Victor Nunes. *Passado e futuro da súmula do S.T.F.* In: AJURIS- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. n° 25. 1982. p. 46.

³⁹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito...* p. 175.

³⁹⁸ LEAL, Victor Nunes. Op. cit. p. 47.

³⁹⁹ MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004.* In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004.* São Paulo: Saraiva. 2005. p. 328/329

⁴⁰⁰ Art. 479, C.P.C.: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o Tribunal, será objeto de Súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência”.

⁴⁰¹ LEAL, Victor Nunes. Op. cit. p. 49.

modo automático, pela só razão da maioria qualificada ou da reafirmação de julgados. De um lado, os efeitos da Súmula, restritos ao processo judicial, são bem mais modestos; de outro, exigiu-se especial deliberação do Supremo, pelo seu Plenário, para a inclusão de novos verbetes”⁴⁰².

A significação da “súmula” como método de trabalho não se fez evidente desde logo nos meios jurídicos, que mais se preocupavam com o receio de ficar imobilizado ou cristalizado por seu conteúdo dogmático. Contudo, Victor Nunes alertava a todos que a mesma era interdependente do texto legal que interpretava, logo perderia eficácia, total ou parcialmente, quando fosse alterada a norma de direito⁴⁰³.

Quanto à finalidade da “súmula”, enunciava-se que a mesma não apenas proporcionava maior estabilidade da jurisprudência, mas também facilitava o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento as questões frequentes⁴⁰⁴. Nas palavras de Evandro Lins e Silva, a súmula “foi um ovo de Colombo para descongestionar o Supremo Tribunal Federal, para permitir que os seus juízes tivessem tempo para decidir as questões mais importantes e não ficassem na repetição de milhares de causas, descrevendo relatórios e fatos, para submetê-los ao Tribunal”⁴⁰⁵.

Em relação à agilidade, o ex-ministro Aliomar Baleeiro afirmava que em janeiro de 1974, o STF ao criar a “súmula de jurisprudência predominante”, não só catalogava em forma concisa, por números, os assuntos em que a Corte fixou interpretação de determinados dispositivos legais, como favoreceu a estabilização da jurisprudência e tornando mais expedito o andamento dos feitos⁴⁰⁶.

A “súmula”, segundo a clássica definição de Victor Nunes, “realizou o ideal do meio-termo, quanto à estabilidade da jurisprudência

⁴⁰² Idem, p. 51.

⁴⁰³ LEAL, Victor Nunes. Op. cit. p. 52.

⁴⁰⁴ Idem, p. 54.

⁴⁰⁵ SILVA, Evandro Lins e. *Victor Nunes Leal, as súmulas e o Supremo Tribunal Federal*. Revisão e comentários Roberta Duboc Pedrinha. In: PINAUD, João Luiz Duboc; PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs). *Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano. Homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. Rio de Janeiro:Lumen Juris. 2009. P. 383.

⁴⁰⁶ Apud LEAL, Victor Nunes. Op cit. p. 54.

(...), ela ficou entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação, ‘para a inteligência geral e perpétua da lei’ e a virtual inoperância dos prejudgados”⁴⁰⁷. O objetivo inaugural da “súmula” foi evitar a desorganização jurisprudencial, ficando evidente o verdadeiro desiderato de seu idealizador:

“A vida não pára, nem cessa a criação legislativa e doutrinária do direito. Mas vai uma enorme diferença entre a mudança, que é freqüentemente necessária, e a anarquia jurisprudencial, que é descalabro e tormento. Razoável e possível é o meio-termo, para que o Supremo Tribunal possa cumprir o seu mister de definir o Direito federal, eliminando ou diminuindo os dissídios de jurisprudência”⁴⁰⁸.

A “súmula” não é norma autônoma, não é lei, é uma síntese de jurisprudência, é um método de trabalho, através do qual o tribunal tem procurado eliminar dúvidas de interpretação⁴⁰⁹. Se a “súmula” for passível de várias interpretações, ela falhará, como método, à sua finalidade; quando algum enunciado for imperfeito, deve ser modificado, substituído por outro mais correto, para que ele não seja, contrariamente à sua finalidade, uma fonte de controvérsia⁴¹⁰.

Reconhecidamente, por falta de técnicas mais sofisticadas, a “súmula” nasceu — e colateralmente adquiriu efeitos de natureza processual — da dificuldade, para os Ministros, de identificar as matérias que já não convinha discutir de novo, salvo sobreviesse algum motivo relevante⁴¹¹. Victor Nunes Leal afirmava que a “súmula” é um subproduto de sua falta de memória, pois como relator dos primeiros 370 enunciados (motivado pelos demais Ministros), sistematizou suas notas sobre determinadas matérias, resumindo-as, tornando-as em enunciados de súmula⁴¹².

Seguindo esta orientação, portanto, entre 13 de dezembro de 1963 e outubro de 1984, foram aprovados 621 verbetes de súmula.

⁴⁰⁷ Idem, p. 56.

⁴⁰⁸ Idem, p. 57.

⁴⁰⁹ Idem, p. 59.

⁴¹⁰ Idem, p. 59.

⁴¹¹ Idem, p. 60.

⁴¹² LEAL, Victor Nunes. Op. cit. p. 60.

A experiência da súmula de jurisprudência não se fez, contudo, nos termos previstos: dentre esses 621 verbetes, 79 foram editados com base em apenas um único precedente e 74 outros com base em apenas dois precedentes⁴¹³.

A bem da verdade, não há previsão alguma de quantos precedentes são necessários para se constituir e definir um enunciado de súmula (o art. 102 do Regimento interno do STF, que trata da jurisprudência, é silente nesse sentido), contudo, há de se ter o bom senso de compilar um número razoável de precedentes (unânicos) que espelhem ao menos a real posição — pacífica — do Tribunal sobre determinada matéria. De qualquer modo, à partir de setembro de 2003, foram editados mais verbetes, chegando atualmente ao total de 736 verbetes de súmulas do STF.

3.2.1. Súmula Sugestiva ou Persuasiva

Até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004—e sua consequente regulamentação pela Lei nº 11.417/2006— inobstante as intermináveis discussões doutrinárias e até mesmo em sede jurisprudencial⁴¹⁴, todo e qualquer enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal era dotado apenas de efeitos persuasivos ou sugestivos. Emanavam destes verbetes um resumo da posição e orientação do STF frente a uma determinada questão jurídica, confeccionados a partir de vários precedentes no mesmo sentido e, como visto no capítulo anterior, seguindo a tradição dos tribunais filiados à família romano-germânica, não seriam dotados de efeito vinculante.

A doutrina enxerga que os precedentes judiciais do STF (nesse caso, reunidos em verbetes de súmula) constituem valioso subsídio que auxilia a hermenêutica de casos concretos⁴¹⁵. Em verdade, a carga de persuasão ou sugestão das súmulas está inserida no receptor

⁴¹³ CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *A arcaica súmula vinculante*. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 38.

⁴¹⁴ Emblemático nesse sentido o julgado da Adin nº 594, que questionava o caráter normativo de um verbe de súmula do Superior Tribunal de Justiça. STF, Adin nº 594-DF, in: RTJ, v. 151, jan-1995.

⁴¹⁵ Por todos TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito...* p. 277.

da mesma, ou seja, no intérprete; cabe aos magistrados outorgar às “súmulas” o valor e a influência aptos a orientar seus julgados, na medida em que forem compatíveis com os fatos em análise e as teses por eles apreciadas. Como todo o argumento de autoridade, é evidente que tendo em vista a posição hierárquica de alguns tribunais, o valor persuasivo de suas “súmulas” aumenta.

Warat alerta que a invocação de uma autoridade se torna persuasiva quando, em um raciocínio, através dele, se obtém a aceitação de certos pontos de vista ou afirmações⁴¹⁶. E complementa:

“A autoridade tem, portanto, dentro do discurso, um valor probatório. Pode-se dizer que se trata de um valor de prova intrínseca para o exercício do raciocínio, possuindo, porém, um grau valorativo de tal magnitude que impede, aos receptores, elaborarem, por sua vez, relações associativas da mensagem tendentes a não aceitar os argumentos do emissor”⁴¹⁷.

Além da posição hierárquica do tribunal, Marcelo Dias de Souza enumera alguns pontos que geralmente devem influir no gradiente de persuasão de um precedente: o prestígio do juiz condutor da decisão, a data da prolação da decisão, se a mesma foi unânime ou não, a boa fundamentação⁴¹⁸.

Segundo Gilmar Mendes, a edição de súmulas guarda entre nós estrita relação com a própria função dos Tribunais Superiores (no caso, o STF), no sentido de garantir a autoridade e a uniformidade interpretativa da Constituição e das leis federais⁴¹⁹.

A julgar pelo procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, observando-se a edição dos verbetes de súmula vinculante, fica clara a dicotomia na classificação ora apresentada entre “súmulas vinculantes” e as “súmulas persuasivas” (os 736 verbetes de Súmula da Jurisprudência Predominante do STF), podendo ser as últimas

⁴¹⁶ WARAT, Luiz Alberto. op. cit. p. 163.

⁴¹⁷ Idem, ibidem.

⁴¹⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante...* p. 53.

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. *Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004*. In: RENAULT, Sérgio. et. alli. *Reforma do Judiciário...* p. 330.

observadas pelos tribunais inferiores ou não (apesar de que na prática há efeitos processuais adquiridos pelas “súmulas persuasivas” do STF, seja em sede legal, Lei nº 8.038/98 e art. 557 do CPC⁴²⁰, seja em sede regimental, Regimento interno do STF⁴²¹, o que as torna, de certa feita, vinculantes na prática). Contudo, nada impede que as “súmulas persuasivas” possam adquirir efeito vinculante, sendo necessário para tal que as mesmas sejam votadas por dois terços dos ministros do STF, atendendo ao disposto no art. 2º, §3º, da Lei nº 11.417/2006.

No tocante às diferenças entre os dois tipos de “súmulas”, notadamente à dimensão da eficácia⁴²², pode-se citar, além de previsão constitucional expressa das “súmulas vinculantes” (art. 103-A, da Constituição Federal) — o quórum qualificado apara sua aprovação —, o fato de que essas possuem regulamentação legal específica para edição, modificação, legitimados a propositura, dentre outros (Lei nº 11.417/2006), enquanto as “persuasivas” encontram previsão apenas no Regimento interno do STF. Pode ser destacado como elemento diferenciador essencial entre os dois “tipos” de “súmula”, o cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal face a inobservância do enunciado de súmula vinculante (art. 7º da Lei nº 11.417/2006)⁴²³, caracterizando-se como uma espécie de recurso *per saltum*⁴²⁴.

3.2.2. Súmula Vinculante

Como visto no item 3.2, a súmula do Supremo Tribunal Federal foi o método de trabalho concebido por Victor Nunes com o desiderato de racionalizar a tarefa judicante dos julgadores frente

⁴²⁰ Art. 38 da Lei 8.038/90: “O relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de Direito, Súmula do respectivo Tribunal”.

⁴²¹ Art. 21. “São atribuições do Relator: §2º Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário”.

⁴²² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial*....p. 305.

⁴²³ No mesmo sentido: NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Das súmulas vinculantes: uma primeira análise*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (orgs). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 281.

⁴²⁴ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *A (in)efetividade da súmula vinculante: a necessidade de medidas paralelas*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli. op. cit. p. 596.

à repetição constante de questões jurídicas idênticas. Porém, com o passar dos anos, e com o advento da Constituição Federal, os processos que chegavam à apreciação do STF aumentaram significativamente⁴²⁵, denunciando que a outrora eficaz “função sumular” não mais dava conta do crescente número de processos.

A persuasão não mais bastava, considerando não só a repetição de ações e recursos em temas já assentes, inclusive nos Tribunais Superiores, como também, nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, o “descaso da Administração com a orientação reiterada dos tribunais, a aumentar abusivamente o volume do serviço forense”⁴²⁶. Analisando esse aumento de demandas e a função das súmulas, o Ministro Gilmar Mendes afirma:

“Percebeu-se há muito que a súmula não seria apta a resolver, de forma integral, o problema do excesso de recursos, especialmente no contexto de uma sociedade de massas, tendo em vista o seu limitado caráter de obrigatoriedade ou a sua *obrigatoriedade indireta* (expressão de Victor Nunes). Assinala-se, por outro lado, que a Constituição de 1988 deu um significativo impulso à chamada crise numérica experimentada pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição conferiu expressiva ênfase à proteção judicial efetiva, emprestando significado ímpar às ações judiciais individuais e coletivas. De resto, o espírito emanado desse texto certamente contribuiu para que as pessoas reivindicassem, com maior intensidade, os seus direitos na Justiça. Como muitos desses pleitos eram pretensões homogêneas — casos de massa, como, v.g., os casos ligados a planos econômicos, questões previdenciárias, FGTS etc. — ninguém haveria de se surpreender com o fato de os feitos processuais terem se multiplicado”⁴²⁷.

Esse cenário narrado por Gilmar Mendes é apontado por muitos como fator decisivo para a chamada “crise da justiça”, que mais

⁴²⁵ Para uma apreciação do quadro evolutivo de demandas recebidas pelo STF, de 1950 a 2004, ver MENDES, Gilmar *et alli* *Passado e futuro da súmula vinculante...* p. 331/332.

⁴²⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A súmula e sua evolução no Brasil*. Disponível em <http://hdl.handle.net/2011/401>. Acesso em 09.07.2006.

⁴²⁷ MENDES, Gilmar *et alli* . op. cit. p. 330/331.

adiante será analisada.

Retrocedendo um pouco, antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir dos idos de 1978, buscando solucionar essa crescente demanda, em pleno governo militar, o Supremo Tribunal Federal utilizou à sua discrição (por onze anos) os instrumentos de “representação interpretativa” (decorrentes do famigerado “pacote de abril”)⁴²⁸, tais quais a arguição de relevância⁴²⁹, a advocatória, a representação interventiva com efeito vinculante. Há de se registrar contudo que os mesmos foram sepultados com o advento da Magna Carta, como parte do “entulho autoritário”⁴³⁰. Com a redefinição do arcabouço constitucional brasileiro, duas foram as principais providências imediatamente adotadas para diminuir o “abarroamento” do Supremo: a criação do Superior Tribunal de Justiça e a instituição da ação direta de inconstitucionalidade, que já foi analisada anteriormente.

Mesmo com o surgimento dessas inovações, o legislador não se contentou. Não é de hoje que o legislador busca introduzir a súmula vinculante. Em verdade, diversas foram as tentativas antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, materializadas em inúmeras discussões e projetos de se conferir efeito vinculante aos enunciados de súmula, não só do Supremo Tribunal Federal, como também de todos os tribunais superiores⁴³¹, diante da “caótica situação, sob o ponto de vista organizacional”⁴³², de nossos tribunais (recaindo na decantada “crise da Justiça”).

Em verdade, apesar dessa “onda legislativa”, nunca, em momento algum, se concebeu a idéia de imprimir efeito vinculante aos enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal quando de sua idealização. Aliás, não foi essa a intenção de seu idealizador, Victor Nunes Leal. O eterno e saudoso Ministro Evandro Lins e Silva, em artigo publicado na década de noventa, na qualidade de

⁴²⁸ Para mais detalhes sobre esse pacote, ver CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A arcaica súmula vinculante*. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva. 2005. p. 45/46.

⁴²⁹ A arguição de relevância era uma procedimento prévio ao recurso extraordinário em que se avaliava a sua admissibilidade (instrumento bastante similar foi introduzido pela Emenda nº 45/2004, qual seja, a repercussão geral, regulamentada pela Lei nº 11.418/2006).

⁴³⁰ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A arcaica súmula vinculante...* p. 46.

⁴³¹ Para um estudo da evolução de proposta legislativa acerca das “súmulas vinculantes”, ver MENDES, Gilmar *et alli*. Op. cit. p. 333/335.

⁴³² TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. op. cit.

“único sobrevivente dos ministros presentes à sessão de sua criação”, reivindica legitimamente o conhecimento da origem da súmula do STF, da sua razão de ser, da sua finalidade e das suas limitações para, utilizando-se de sua vasta cultura, categoricamente afirmar:

“Nunca se imaginou a possibilidade de conferir à Súmula o poder vinculante ou de cumprimento obrigatório imutável para o próprio Tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores. Do contrário teríamos a revivescência dos Assentos do Superior Tribunal de Justiça, na esteira dos Assentos da Casa de Suplicação, considerados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, desde a fundação da República. Súmula “vinculante” seria um novo nome para os velhos Assentos”⁴³³.

Além desse importantíssimo ponto, outros óbices são levantados no que diz respeito a polêmica adoção da “súmula vinculante”. Como todos os temas polêmicos na área jurídica, existem os partidários da corrente “pró”⁴³⁴ e os da corrente “contra”⁴³⁵ súmula vinculante. Apesar desta imensa discussão, fato é que, em nosso modesto entendimento, diversos são os prejuízos potenciais na adoção da “súmula vinculante” em nosso ordenamento jurídico, mormente no campo constitucional.

A potencialidade reside no fato de se tender a uma violação de alguns dos mais caros e preciosos direitos fundamentais e garantias constitucionais do jurisdicionado, conforme será visto mais adiante. Adicionamos a esta noção que a implementação de força vinculativa aos enunciados de súmula do STF, com a escusa de celeridade, efetividade, economia, segurança jurídica e isonomia, configura um enxerto estranho a ser acoplado num sistema jurídico de raízes e tradições absolutamente distintas dessa prática.

Além disso, há o fato da ocultação do real motivo para a sua adoção, qual seja, documento técnico do Banco Mundial que revela

⁴³³ SILVA, Evandro Lins e. *Crime de hermenêutica e súmula vinculante*. In *Verbis*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 5, dez. 1996, p. 8.

⁴³⁴ Por todos: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Decisões vinculantes*. Revista de Processo. São Paulo, v. 25, n. 100, out/dez. 2000, p. 166-185.

⁴³⁵ Por todos: STRECK, Lênio. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

a origem da influência para a implementação da “súmula vinculante” e recomenda uma série de valores que devem ser observados para a operacionalização de reforma dos judiciários da América Latina e Caribe, incluindo o Brasil, estando entre esses valores *a previsibilidade das decisões do Poder Judiciário e instrumentos de celeridade processual* (ponto este que será analisado no próximo capítulo)⁴³⁶.

Adiante, será feita uma breve análise dos aspectos (in)constitucionais no que diz respeito à adoção da “súmula vinculante” face aos valores previstos na Carta Magna, sendo esses entendidos como óbice à sua adoção em nosso ordenamento jurídico.

3.2.2.1. Análise constitucional das “súmulas vinculantes”

3.2.2.1.1. A propagada “crise da Justiça”. Celeridade e sumarização

Abem da verdade, há de se encarar a concepção da súmula vinculante principalmente como decorrência de uma questão funcional/pragmática, cuja função precípua é inegavelmente diminuir e desafogar o trabalho dos ministros do STF. Sob o manto da decantada “crise do Judiciário” (além de aspectos político-econômicos que serão mais adiante analisados) é que adveio o instrumento da súmula vinculante, chegando a sua adoção a ponto de ser encarada quase como uma necessidade premente, um senso comum entre a opinião popular (publicada)⁴³⁷ e dos “juristas”. Contudo, nunca é demais lembrar a percuciente observação de Warat ao dizer que “o senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto”⁴³⁸. No presente caso, será visto que o secreto não é tão secreto assim.

A chamada “crise do Poder Judiciário” não é nenhuma novidade. Carmen Lúcia Antunes Rocha nos dá conta que desde a década

⁴³⁶ FERREIRA, Cloves Augusto Alves Cabral. *Globalização e Poder Judiciário: os valores considerados na reforma do Poder Judiciário no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada na UFSC. Florianópolis. 2005. p. 113.

⁴³⁷ Segundo editorial do Jornal “O Globo”, a “súmula (vinculante) vem para melhorar a atuação de todos os tribunais” e para acelerar o julgamento dos processos”. O GLOBO, Editorial *Limpar as gavetas*. edição de 21.12.2006, p. 6.

⁴³⁸ WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1994. p. 15.

de quarenta, no mínimo, há a referência contundente e reiterada quanto essa crise⁴³⁹. Revela a atual ministra do STF que desde as últimas décadas do Império brasileiro, o Poder Judiciário tem sido considerado inadequado à prestação da jurisdição como esperado, necessitado e esperado⁴⁴⁰. A “crise” resulta do aparente desequilíbrio entre a demanda social da jurisdição e a resposta do Estado quanto à oferta e garantia desse serviço.

Não se tem como certo que a “súmula vinculante” seja uma resposta definitiva à questão do excesso de serviço nos tribunais; não apresenta “solução” para o problema de “excesso de serviço” extinguir-se o serviço para aqueles que o pleiteiam⁴⁴¹.

Invariavelmente, sempre que cresce a cidadania ou estendem-se os direitos do cidadão no Brasil (e um deles é o direito do acesso à Justiça), e sempre que isso acarreta uma maior efetividade de busca pelo direito, ampliando-se a necessidade de atuação responsável e eficaz do Estado, alega-se uma sobrecarga de serviços que o poder público não teria estrutura para assumir, pelo que se busca restringir esse exercício ao invés de se ampliarem as possibilidades de prestação do serviço jurisdicional pelo Estado⁴⁴².

Como bem ressaltado por Carmen Lúcia Rocha, “ao invés de repensar-se o Estado em sua forma de atuação, de modo a alargá-lo para atender à demanda social, procura-se, sempre, manter-se a mesma estrutura do Estado e (para fazer face à “crise” provocada pelo aumento da demanda) diminuir-se o cidadão”⁴⁴³. E arremata a ministra do Supremo Tribunal Federal: “isso não é solução de crise. Isso é extermínio de direitos”⁴⁴⁴.

O aumento de demanda encontra-se diretamente imbricada com a questão da duração do processo, o *timing* processual, mais precisamente com a tão criticada lentidão do Poder Judiciário em entregar a prestação jurisdicional, relacionada diretamente com os ideais de efetividade e eficácia do processo.

⁴³⁹ ROCHA, Cármén Lúcia. *Sobre a súmula vinculante*. In: Revista do IAB. N° 85. 2º semestre. 1996. p. 89.

⁴⁴⁰ ROCHA, Carmen. op. cit., p. 89.

⁴⁴¹ ROCHA, Carmen. op. cit. p. 108.

⁴⁴² ROCHA, Carmen. op. cit. p. 109.

⁴⁴³ Idem, p. 109.

⁴⁴⁴ Idem, p. 109.

A alteração legislativa invariavelmente é aventada como a solução imediata e eficaz para qualquer mazela da sociedade, principalmente em se tratando da eficácia e efetividade do Poder Judiciário. A “panacéia de todos os males”, nesse caso, materializou-se na súmula vinculante. José Carlos Barbosa Moreira já identificava como um “submito” quanto ao futuro da Justiça a crença de que cabe aos defeitos da legislação processual a maior responsabilidade pela duração excessiva dos pleitos⁴⁴⁵.

Na visão de Barbosa Moreira, a demora resulta na verdade da conjugação de múltiplos fatores, não sendo a lei a única razão para tal (nem sendo, na opinião do professor, a de maior relevo)⁴⁴⁶. Relembra o processualista como outros fatores a escassez de órgãos judiciais (a baixa relação entre o número deles e a população em constante aumento); na primeira instância, não há o preenchimento total das vagas destinadas a magistrados; defeituosa organização do trabalho e a insuficiente utilização da moderna tecnologia, dentre outros⁴⁴⁷.

Contudo, a lentidão da Justiça que os defensores da súmula vinculante almejam eliminar, poderia (e pode) ser resolvida partindo de uma clara análise de quem frequenta mais os tribunais e abarrotta os escaninhos das serventias judiciárias, usando e abusando de recursos, e quem desrespeita o pacificamente decidido pelo STF, afogando seus ministros em uma infinidade de recursos. Como bem ressaltou Carmen Lúcia, o que todos já sabem, mais o discurso oficial faz questão de fingir que não existe, é o fato de que quem *abusa dos meios de indagação judicial e de pleitos repetidos não é o cidadão, mas o próprio Estado*. É a ele que se deve dirigir a solução, é contra os excessos não de demanda do Poder Judiciário, mas de pedidos e recursos do Poder Executivo especialmente que se tem que orientar⁴⁴⁸.

Já dizia Barbosa Moreira, em palavras precisas:

“Antes de reformar a lei processual (*rectius*: qualquer lei), mandam a lógica e o bom senso que se proceda ao diagnóstico,

⁴⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça* In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 4.

⁴⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁷ Idem, *ibidem*.

⁴⁴⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *op. cit.* p. 109.

tão exato quanto possível, dos males que se quer combater e das causas que os geram ou alimentam. Nenhum médico digno desse nome prescreve remédios e tratamentos sem inteirar-se de que mal padece o doente, e por quê. Se o nosso intuito, *v.g.*, é o de acelerar a máquina da Justiça, necessitamos saber quais peças que estão rendendo menos, e como penetra no mecanismo, a areia que as desgasta. Sem essa prévia verificação, nenhum critério sólido teremos para empreender o trabalho da reforma”⁴⁴⁹.

Se não possuímos todos os elementos para um diagnóstico completo, alguns dados estatísticos já existem que evidenciam o maior motivo para o abarrotamento de processos no Supremo Tribunal Federal, causador conseqüentemente da tão nefasta “lentidão” do Poder Judiciário, desembocando na “crise” da Justiça: a utilização constante de recursos envolvendo o Poder Executivo, seja ele da esfera federal, estadual ou municipal (bem como entes da Administração Pública direta e indireta).

Em 21 de março de 2005, o Centro de Pesquisa sobre Opinião Pública da Universidade de Brasília (DATAUnB) realizou uma pesquisa, por amostragem, sobre o perfil de maiores demandas no Supremo Tribunal Federal, analisando processos que lá tramitavam, entre 1º de janeiro de 2002 a 30 de junho de 2004. Tal pesquisa teve como objetivo “municar futuros estudos a serem desenvolvidos pelo Conselho Nacional de Justiça com métodos, dados e propostas sobre coleta e tratamento de informações de processos jurisdicionais”⁴⁵⁰.

Tal pesquisa retrata bem o grau de influência, e porque não dizer de responsabilidade, da União e do Estado de uma maneira geral para a lentidão do Judiciário. Detectou-se, no período pesquisado, um retrato do peso relativo de recorrentes, recorridos, agravantes e agravados, em sede de recurso extraordinário⁴⁵¹. Nos agravos de instrumento, que representam 60,5% da amostra de maiores deman-

⁴⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.* p 10/11.

⁴⁵⁰ DATAUnB, “CONSULTORIA PARA A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO. 6º RELATÓRIO DE ATIVIDADES. PERFIL DAS MAIORES DEMANDAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATÓRIO FINAL”. 2005. Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 09.02.07.

⁴⁵¹ Idem, *ibidem*.

das do Supremo, há 21,9% das causas em que a União ou entidades a ela ligadas aparecem como demandantes. Como demandados, a participação da União, de suas autarquias e empresas estatais chega, nas maiores demandas, a 28,5%. Se computados demandantes e demandados, já expurgadas as participações dobradas em ambos os pólos da relação jurídico-processual, a União em sentido amplo, aqui englobando a União propriamente dita, suas autarquias e empresas estatais, tem uma participação relativa como parte na relação processual em 42,7% das ações no Supremo, podendo chegar aos inacreditáveis **70,2%**, se computada a peculiaridade das causas sobre o FGTS que não foram registradas no Supremo, embora tivessem nele chegado, devido a desistência da União em tais processos⁴⁵².

Conclui o relatório estatístico afirmando que “o estudo das maiores demandas do Supremo é uma contribuição ao objetivo maior de se ter, no Brasil, uma radiografia fiel das características do Poder Judiciário para que as ações políticas e administrativas sejam dirigidas por uma compreensão sistemática entre os desejos da sociedade e as possibilidades estruturais do Estado”⁴⁵³.

Demonstrada a hipertrofia da presença da União (sem falar nos Poderes Executivos estaduais e municipais e suas autarquias) na demandas que tramitam no STF (e certamente tal presença se verifica em todas as instâncias judiciais do país), pode-se perceber que a lentidão da Justiça, e o conseqüente clamor por celeridade, muito pouco tem a ver com reforma legislativa e processual, e certamente por essa não será resolvida. Alguns integrantes da Administração Pública promovem esforços administrativos com o fito de esvaziar a estante dos tribunais superiores, como a Advocacia Geral da União que editou algumas instruções normativas e súmulas administrativas dispensando seus procuradores de interpor ações e recursos sobre determinadas matérias⁴⁵⁴.

É inegável a importância de um processo (penal ou extrapenal) efetivo e eficaz, que atenda os reclamos da sociedade, entregando uma prestação jurisdicional de acordo com um processo justo, respeitando evidentemente das garantias constitucionais a ele inerentes. De acor-

⁴⁵² Idem, *ibidem*.

⁴⁵³ Idem, *ibidem*.

⁴⁵⁴ Ver TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A súmula e sua evolução no Brasil*. Disponível em <http://hdl.handle.net/2011/401>. Acesso em 09.07.2006.

do com Cândido Dinamarco, é indispensável que o sistema jurídico esteja preparado para produzir decisões capazes de propiciar a tutela mais ampla possível aos titulares de direitos reconhecidos pelo juiz⁴⁵⁵.

E nesse espectro de anseio por um processo mais efetivo e eficaz, lutando contra a lentidão do Poder Judiciário, e seguindo as disposições já inseridas em convenções e pactos internacionais, o legislador brasileiro incluiu, pela mesma Emenda Constitucional nº 45/2004, a garantia constitucional da razoável duração do processo⁴⁵⁶, consolidando o que a doutrina denomina de “direito a um processo sem dilações indevidas”⁴⁵⁷.

Todavia, inobstante essa preocupação pela busca da celeridade, deve-se ter muita parcimônia. É de todo recomendável quando tratamos de questões processuais sempre ter em conta que o processo (sobretudo o processo penal, que será analisado no próximo capítulo) tem de ser enxergado como instrumento a serviço da ordem constitucional, refletindo as bases do regime democrático nela proclamados, sendo o *microcosmos democrático* do Estado de Direito⁴⁵⁸.

E esse “microcosmos democrático” carrega garantias do cidadão que não podem de maneira alguma, sob pena de ofensa a diversos princípios constitucionais, serem inobservados ou atropelados, a pretexto de argumentos alarmistas como “lentidão da Justiça” e busca por celeridade.

Uma vez mais, Barbosa Moreira reconhece que em questões processuais há uma demora fisiológica inerente à necessidade de salvaguardar na atividade judicial certos interesses e valores de que uma sociedade democrática não ousaria prescindir; insiste-se na escrupulosa observância de tais ou quais garantias das partes⁴⁵⁹. Um processo que se quer regular e observador das garantias constitucionais é, necessariamente, não lento, mas cauteloso. Qualquer concepção ou instrumento que busque enxergar o processo de outra

⁴⁵⁵ DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo...* p. 365.

⁴⁵⁶ Art. 5º: (...) LXXVIII- “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”.

⁴⁵⁷ Ver um dos estudos pioneiros sobre o tema: LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 97.

⁴⁵⁸ DINAMARCO, Cândido. Op. cit. p. 27.

⁴⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit. p. 5.

forma, configura inequívoco atropelo de garantias do réu, uma verdadeira sumarização do processo:

“Um processo de empenho garantístico é por força um processo menos célere. (...) Nada mais sumário e rápido que o linchamento do réu; mas tolerar semelhante prática hoje em dia parece inconcebível, por maior freqüência que se observe ainda em tentativas, às vezes bem sucedidas, de empregá-la — senão no sentido físico, seguramente no moral — para com certos réus que incorrem, por isto ou por aquilo, nas iras especiais da imprensa e de outros meios de comunicação social”⁴⁶⁰.

No Brasil nos últimos anos observa-se a hiperdimensionalização da malignidade da lentidão da Justiça, recaindo por consequência na tendência em elevar a rapidez do processo como o valor por excelência, quicá o único⁴⁶¹. A noção de velocidade em questão processual é inegavelmente relativa⁴⁶². Como diz Barbosa Moreira “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor* do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”⁴⁶³.

Diante dessa breve noção, percebe-se que a adoção da súmula vinculante, com o escopo de acelerar o processo e acabar com a “crise da Justiça” apresenta-se como uma equivocada solução, vez que é no processo que se vislumbram as garantias constitucionais do cidadão. Lênio Streck categoricamente afirma que o problema da efetividade das decisões judiciais e da morosidade da justiça não será resolvida mediante um ataque à funcionalidade do ordenamento ou do sistema, e sim, por uma profunda mudança na estrutura do Poder Judiciário e das demais instituições encarregadas de aplicar a justiça⁴⁶⁴. Fazendo coro a Carmen Lúcia Rocha, não é a súmula

⁴⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁴⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁴⁶² Para um estudo do tempo processo, ver: LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

⁴⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit. p. 5.

⁴⁶⁴ STRECK, Lênio. *Súmulas no direito brasileiro...*p.258.

vinculante uma resposta eficaz socialmente para a denominada ‘crise’ (do excesso de serviço) do Poder Judiciário para os brasileiros, mas uma amputação de possibilidades judiciais que se deve voltar, direta e objetivamente, ao próprio Poder do Estado⁴⁶⁵.

3.2.2.1.2. A violação ao devido processo legal, a separação de Poderes e a outras cláusulas pétreas

Com a adoção da súmula vinculante, há grande possibilidade de que alguns verbetes possam a vir a configurar uma sumarização dos direitos do jurisdicionado, violando a garantia do cidadão a um processo justo e regular, como anteriormente demonstrado. Tal garantia é consectário do direito ao *due process of law*, o nosso princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal).

O princípio do devido processo legal, que foi originariamente consagrado pela cláusula *law of the land*, inscrita na *Magna Charta*, de 1215⁴⁶⁶, apresenta-se sob dois aspectos originários do constitucionalismo americano, a saber: um caráter estritamente processual (*procedural due process*), e outro de cunho substantivo (*substantive due process*), tornando-se este o fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional⁴⁶⁷. Originariamente, o instituto do *due process of law* foi confeccionado como uma garantia processual (*procedural*), ou seja, um princípio assecuratório da regularidade do processo, a ser observado nas várias instâncias judiciais⁴⁶⁸.

Por força da política judicial de controle intenso sobre todas as formas de atuação da autoridade constituída, capazes de ocasionar restrições à vida, à liberdade e à propriedade, passou a garantia do devido processo legal a operar como filtro de legalidade do poder de polícia do Estado, em particular no campo do poder “regulamentar” de polícia, que tornou-se a grande fonte de

⁴⁶⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. op. cit. p. 109.

⁴⁶⁶ Para um estudo acerca das origens históricas do devido processo legal, ver CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 5/29.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 219.

⁴⁶⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p. 29.

produção normativa do Estado contemporâneo⁴⁶⁹.

Ao adotar também o caráter substantivo ao longo dos anos, o princípio do devido processo legal deixou de ser enxergado apenas como uma garantia processual, mas também como um verdadeiro *standard* de justiça⁴⁷⁰ nas relações entre o Estado e indivíduo. Como afirma Barroso, as duas fases — substantiva e processual — não se excluem, mas ao contrário, convivem harmonicamente até hoje⁴⁷¹, sendo a primeira condizente com o conteúdo valorativo dos atos do Poder Público, relacionando-se precisamente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. À análise do tema do presente tópico, interessa por outro lado o caráter garantístico processual/procedimental do devido processo legal.

A implementação da súmula vinculante encontra óbice em nosso ordenamento constitucional justamente nesse ponto: sua adoção torna-se um tanto quanto difícil tendo em vista o caráter de garantia processual emanada do princípio do devido processo legal. Todo o processo, notadamente o processo penal, é composto de fases procedimentais que foram esculpidas e encontram previsão legal por um motivo básico: *evitar o arbítrio do poder punitivo do Estado*. Nas palavras de Calmon de Passos, o devido processo constitucional jurisdicional não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, mas sim de “um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir”⁴⁷². O devido processo adjetivo ou o *procedural due process*, no sistema constitucional americano por exemplo, configura-se como um direito negativo, porque o conceito dele extraído limita a conduta do Estado quando este atua no sentido coercitivo, de restringir a vida, a liberdade ou o patrimônio dos cidadãos⁴⁷³. Logo, o processo de formação de culpa (ou responsabilidade) orientado pelo poder de coerção estatal, segue diversos caminhos, caminhos estes que possuem direções e fases sequenciais devidamente positivadas em lei.

⁴⁶⁹ CASTRO, Carlos R. Siqueira. op. cit. p. 36.

⁴⁷⁰ Expressão de Siqueira Castro. CASTRO, Carlos R. Siqueira. op. cit. p. 49.

⁴⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...* p. 219.

⁴⁷² PASSOS, J.J. Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo...* p. 69.

⁴⁷³ NETO, Carlos Luiz. *O devido processo legal e a efetividade processual: uma difícil relação*. Disponível em https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocossu_carlosluiz.pdf. Acesso em 02.08.2007.

O respeito a essas fases é reflexo do cunho processualístico e procedimental da garantia constitucional do devido processo legal, signo que assegura ao cidadão uma tutela jurisdicional efetiva. No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana⁴⁷⁴. E quando se fala em efetividade, não se confunde com celeridade ou sumariedade, mas sim o respeito às garantias processuais que legitimarão, ao final, a decisão judicial. Segundo Calmon de Passos:

“Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias (constitucionais) não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafoço de juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos governados. E isso me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar”⁴⁷⁵.

Ao se estabelecer um mecanismo que de qualquer forma tenda a suprimir ou abreviar essas fases (processo de sumarização das garantias), vislumbra-se uma potencial ofensa a essa garantia do cidadão/jurisdicionado, mais precisamente violando o direito a um procedimento regular justo. Por procedimento regular entende-se a observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo. Como ensina Canotilho, “configurado objectivamente como direito ou objectivado obrigatoriamente através do cumprimento de um *dever* pelo Estado, o processo torna-se indispensável para assegurar uma protecção eficaz dos direitos fundamentais”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15.05.2006.

⁴⁷⁵ PASSOS, J.J. Calmon. op. cit. p. 70.

⁴⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra editora. 2004. p. 79.

Esta proteção é materializada no direito ao procedimento, que se consubstancia em providências estatais, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias⁴⁷⁷. Reconhece-se o significado do direito ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais, mais precisamente, das garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (art. 5º, LV, da Constituição). Assim, quando se impõe que certas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de normas de procedimento⁴⁷⁸.

Tal afetação reflete conseqüentemente como violação também das demais garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal. Como cediço, o princípio do devido processo legal não tem um sentido unívoco predefinido. Trata-se de uma cláusula de relativa elasticidade, mas que, naturalmente, abriga certos conteúdos mínimos, sob pena de tornar-se uma inutilidade⁴⁷⁹. A doutrina processual tem identificado, no *due process of law*, alguns subprincípios, sendo desdobrado em “um rico leque de garantias específicas”⁴⁸⁰, podendo ser destacados, além do comentado direito a um procedimento regular, o do contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). *Todas essas garantias constitucionais se afiguram como direitos fundamentais* e podem ser afetadas com a indevida operacionalização da súmula vinculante⁴⁸¹.

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque

⁴⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 8.

⁴⁷⁸ Idem, p. 9.

⁴⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e outros tópicos de direito processual penal à luz da constituição de 1988*. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Ano 2. nº4. 2º semestre. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1997. p. 66.

⁴⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. P. 330.

⁴⁸¹ CUNHA, Sérgio. op. cit. p. 51.

que o constituinte quis outorgar a esses direitos⁴⁸². A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardá-los estrita observância⁴⁸³.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva⁴⁸⁴. E como tais, são encarados como *direitos de defesa*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas⁴⁸⁵. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdades constitucionais assegurado⁴⁸⁶.

Na condição de *direitos de defesa*, os direitos fundamentais asseguram a esfera de liberdade individual contra interferências ilegítimas do Poder Público, provenham elas do Executivo, ou, no caso da presente dissertação, do Legislativo e do Judiciário. Tal noção é herança da clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais, que protegem os cidadãos contra ingerências estatais indevidas em sua liberdade pessoal e de propriedade⁴⁸⁷.

Logo, em relação ao direito de defesa, incluindo o contraditório e a ampla defesa, Gilmar Mendes nos traz a lição do direito alemão que assinala que este direito envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar, correspondendo à nossa garantia contemplada no art. 5º, LV da Constituição⁴⁸⁸. Sobre esse direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como

⁴⁸² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais*.... p. 1.

⁴⁸³ Idem, *ibidem*.

⁴⁸⁴ Idem, p. 2.

⁴⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁴⁸⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁸⁷ MENDES, Gilmar. op. cit. p. 4.

⁴⁸⁸ MENDES, Gilmar. op. cit. p. 167.

também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas. É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões⁴⁸⁹.

É nesse sentido que se configura a garantia constitucional do contraditório, que representa uma nota do próprio conceito de processo⁴⁹⁰. Em sua concepção lógico-filosófica, o contraditório é entendido como o “contraste dialético entre posições assertivas opostas, dirigidas a se elidirem reciprocamente”, e no esquema processual essa contraposição só adquire sentido quando destinada à persuasão de um terceiro imparcial; embora se desenvolva entre dois pólos dialéticos, *o contraditório processual implica uma relação triádica, que constitui afinal a essência do processo*⁴⁹¹.

O contraditório não constitui apenas expressão de uma paridade teórica inicial, mas de uma garantia articulada de meios e de resultado, enquanto reconhece aos sujeitos interessados uma *participação ativa* no desenvolvimento do processo; assegura, assim, aos litigantes todas as oportunidades e iniciativas aptas a influir no convencimento do juiz⁴⁹². É justamente esse propósito de influir no provimento final que confere ao contraditório a sua unidade teleológica e, ao mesmo tempo, permite concluir que uma decisão só pode ser considerada como proferida em contraditório quando este tiver acompanhado o completo itinerário de sua formação⁴⁹³.

Diante dessa perspectiva, a súmula vinculante tendeu a transformar o contraditório em um simulacro (tal argumento será desenvolvido no item 4.3.3 da presente dissertação), vez que caso se apresente uma situação jurídica diante de um juiz de primeiro grau e que essa se coadune com o teor de um enunciado de súmula vinculante, em sua decisão (não necessariamente um sentença, visto que o art. 7º da Lei nº 11.417/2006 trata de “decisão judicial”), em nada irão influir os argumentos das partes para o convencimento do magistrado, pois terá o mesmo de seguir, por força da vinculação, o que já fora determinado em sede de súmula. Desta forma,

⁴⁸⁹ Idem, p. 168.

⁴⁹⁰ GOMES FILHO, Antonio. Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2001.p. 38.

⁴⁹¹ Idem, p. 39.

⁴⁹² Idem, p. 40.

⁴⁹³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. op. cit. p. 40.

os efeitos danosos da súmula vinculante (e mecanismos análogos como a sentença vinculante, art. 285-A do CPC, inserido pela Lei nº 11.277/2006) têm o potencial de fazer tábula rasa desses direitos/garantias constitucionais.

De mesma sorte encontra-se ameaçada a garantia constitucional do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) pela súmula vinculante. Como ensina Cappelletti, “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”⁴⁹⁴. Logo, a apreciação da lesão ou ameaça a direito alegado pela pessoa e encaminhada ao poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte. A *apreciação* não é mera referência constitucional, é direito fundamental individual e coletivo. E com a súmula vinculante, ao magistrado estará vedada a apreciação no sentido largo previsto constitucionalmente, pois independentemente do quanto ele aprecie, segundo tal apreciação não poderá ele, livremente, emitir qualquer julgamento quando destoe a sua conclusão do quanto sumulado⁴⁹⁵.

Porém, uma das mais aventadas e discutidas possíveis violações provenientes da implementação da súmula vinculante em nosso ordenamento, que também constitui cláusula pétrea constitucional (art. 60, §4º, III, da CF), é a questão do princípio da separação de poderes.

Segundo Canotilho, o princípio de separação dos poderes é, como princípio organizatório estrutural, uma das grandes constantes do Estado Constitucional, tornando-se a *ratio essendi* de uma Constituição⁴⁹⁶. Barroso nos dá a noção de que seu antecedente mais remoto, na modernidade, foi o processo revolucionário que conduziu à afirmação do Parlamento em face do monarca, na Inglaterra, com a edição do *Bill of Rights*, em 1689⁴⁹⁷. Sua sacramentalização, por outro lado, se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789; mas foi a Constituição americana, de 1787,

⁴⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988. p. 12.

⁴⁹⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. op. cit. p. 107.

⁴⁹⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...* p. 555.

⁴⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição...* p. 174.

que pela primeira vez formalizou o modelo empiricamente colhido na experiência inglesa e teoricamente elaborado por autor francês, dando-lhe o temperamento dos *checks and balances*, o nosso “freios e contrapesos”, pelo qual se estabeleceram áreas de interseção e de controle recíproco entre Legislativo, Executivo e Judiciário⁴⁹⁸. Um dos maiores articuladores dessa teoria foi, sem dúvida, Montesquieu⁴⁹⁹, que demonstrou que sempre que há poder sem controle opera-se o abuso. Em verdade, como ressaltado por Zaffaroni, o que Montesquieu denunciava era a concentração de poder⁵⁰⁰.

E é justamente quando se fala em separação de poderes, utiliza-se a noção de repartição horizontal, referindo-se à diferenciação funcional (legislação, execução e jurisdição), à delimitação institucional de competências e às relações de controle e interdependência recíproca entre os vários órgãos de soberania⁵⁰¹.

O princípio da separação de poderes subsiste como uma valiosa referência para a interpretação constitucional, definindo papéis e estabelecendo limites⁵⁰². Afigura-se como um *princípio estrutural-conformador do domínio político*, sendo no ponto da discussão, atingida em seu plano funcional, identificando as funções político-constitucionais básicas como a legiferação, a jurisdição e a execução⁵⁰³. Na mesma esteira José Afonso da Silva, que denomina “divisão de poderes”, estabelece os elementos caracterizadores deste princípio:

“A *divisão de poderes* fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às Assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *a independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário

⁴⁹⁸ Idem, p. 175.

⁴⁹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. trad. por Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.

⁵⁰⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. trad. por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995. p. 83.

⁵⁰¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 556.

⁵⁰² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...* p. 175.

⁵⁰³ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 556.

que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que se postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder⁵⁰⁴.

Canotilho enxerga que as várias funções devem ser *separadas* e atribuídas a um órgão ou *grupo de órgãos* também separados entre si. Isto significa não uma equivalência total entre atividade orgânica e função, mas sim que a um órgão deve ser atribuída *principal ou prevalentemente* uma determinada função⁵⁰⁵. A adequação funcional pressupõe que o órgão ou órgãos de soberania são, do ponto de vista estrutural, constitucionalmente idôneos e adequados para o exercício de funções que, a título específico ou primários, lhes são atribuídas⁵⁰⁶. Toda essa engenharia visa impedir a concentração de poder, e com isso, um possível abuso desse poder⁵⁰⁷.

Atualmente, o princípio da separação de poderes não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão dessa teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário⁵⁰⁸. Existem exceções ao princípio da separação de poderes, como por exemplo a permissão de que deputados e senadores exerçam funções de ministro de Estado, função integrante do Poder Executivo, e as mais marcantes, como na possibilidade de adoção de medidas provisórias, com força de lei, pelo Presidente da República (art. 62 da CF)⁵⁰⁹, e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (art. 68 da CF)⁵¹⁰.

Porém, tais exceções não podem se tornar regra. Mais uma vez invocando as lições de Canotilho:

⁵⁰⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 113.

⁵⁰⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 558.

⁵⁰⁶ Idem, ibidem.

⁵⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio. R. op. cit. p. 83.

⁵⁰⁸ SILVA, José Afonso da. op. cit. p.113.

⁵⁰⁹ As medidas provisórias por mais ofensivas ao princípio da separação de poderes que sejam, são menos incisivas a esse que a súmula vinculante, pois, segundo comando constitucional do art. 62, da CF, as mesmas são apreciadas e votadas no Congresso Nacional, enquanto a súmula não, sendo ainda que a medida provisória foi acolhida pelo legislador constituinte originário, a súmula vinculante não.

⁵¹⁰ Idem, p. 116.

“Toda a constituição que consagra uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar atos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos”⁵¹¹.

Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que “a uma função corresponde um titular principal”, sempre se coloca o problema de saber se haverá um *núcleo* essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial⁵¹².

Segundo previsão constitucional (art. 1º c/c art. 14 c/c art. 44 da CF), a competência para legislar, dizer, criar o Direito, inovar a ordem jurídica, determinar as restrições ao direito fundamental à liberdade é exclusiva do Congresso Nacional, por ter sido apenas a ele entregue tal competência, segundo ainda determina o art. 48, da Constituição da República⁵¹³.

Nesta esteira, não há como não reconhecer a súmula vinculante como uma usurpação do poder de legislar, ou como expressou Luiz Flávio Gomes, um “usurpação da atribuição exclusiva do Poder Legislativo”⁵¹⁴. Com a implementação da súmula de efeito vincu-

⁵¹¹ CANOTILHO. op. cit. p. 559.

⁵¹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*... p. 559/560. Poderíamos citar também o *princípio da indelegabilidade normativa* como barreira a essa transposição de funções, baseada no caráter substantivo do devido processo legal. Segundo Siqueira Castro, alguns publicistas americanos entendem que a cláusula *due process of law* serve de sustento teórico ao princípio da indelegabilidade da função normativa, cujo exercício é conferido predominantemente ao Poder Legislativo, de acordo com a separação tripartite de competências orgânicas estabelecida na Constituição; a prevalecer essa fundamentação teórica, opera não como um princípio de organização política, mas sim como um mecanismo de proteção dos vários aspectos da liberdade individual e coletiva. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. op. cit. p. 37/39.

⁵¹³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 99.

⁵¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrá-*

lante, o Supremo Tribunal Federal estará ditando a interpretação autêntica, **com validade geral e abstrata**, de acolhimento obrigatório em todo o país pelos juízes e pela Administração Pública, sendo nesse caso o “intérprete” um verdadeiro legislador⁵¹⁵. Segundo Zaffaroni, “o juiz não é legislador, ou seja, não resolve ‘livremente’ os conflitos, mas conforme a lei, não sendo, porém uma ‘máquina de subsumir’, senão que ‘a lei é uma norma geral para uma pluralidade de casos possíveis’”⁵¹⁶.

De acordo com Cármen Lúcia, a súmula vinculante não terá apenas “força de lei”, mas “força de norma constitucional” somente modificável pelo Poder Legislativo por Emenda Constitucional. O Supremo Tribunal Federal estaria se transformando em verdadeiro “poder constituinte de segundo grau”, ou “poder constituinte reformador”, significando dizer que a “súmula vinculante” tem a mesma natureza obrigatória, genérica e abstrata que caracteriza a lei em sentido material. É lei nesse sentido, será a “súmula vinculante”⁵¹⁷.

Além do mais, com a súmula vinculante, a previsão do modelo e fundamento do Estado Constitucional Democrático Brasileiro está sendo, radicalmente, alterado, pois se observa a imposição de uma norma jurídica judicial ao lado dos demais modelos legislativos havidos e previstos no art. 59, da Lei Magna⁵¹⁸. O exercício da representação popular direta, seja pelo representante eleito e que tem o compromisso político-partidário e social, está sendo restringido. O cidadão não terá como participar, direta ou indiretamente, da elaboração da norma contida na súmula, vendo-se marginal do processo de sua formação e positivação, e sendo-lhe retirado, assim, um dos direitos fundamentais, qual seja, o de poder vir a participar diretamente, até, pela iniciativa popular, do processo de sua elaboração⁵¹⁹.

Esse cenário configura a chamada *ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal*, que segundo Cappelletti talvez seja “a mais grave objeção contra a criação jurisprudencial do direito”⁵²⁰. Conforme

tico de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 211.

⁵¹⁵ Idem, p. 210.

⁵¹⁶ ZAFFARONI, E.R. op. cit. p. 85.

⁵¹⁷ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. op. cit. p. 98.

⁵¹⁸ Idem, p. 100.

⁵¹⁹ ROCHA, Carmen Lúcia, op.cit. p. 98.

⁵²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores...* p. 92.

alertava Evandro Lins e Silva, os juízes não têm legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes delegou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, é a de funcionar como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da lei⁵²¹. Ao contrário de todos os princípios e direitos políticos fundamentais postos no sistema constitucional, a instituição da “súmula vinculante” não tem: a) a fonte legítima da representação popular; b) o respeito à possibilidade constitucionalmente prevista como direito fundamental do cidadão de participar da formação do Direito (art. 14); c) a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica⁵²².

O juiz conta com a legitimação democrática legal ou formal ou racional, que consiste na estrita observância da lei e da Constituição, não lhe cabendo impor normas (ou interpretações autênticas) de caráter vinculante para outros juízes⁵²³. Caso contrário, segundo Figueiredo Dias, estaríamos transformando o Estado-de-Direito em um Estado-de-juízes democraticamente ilegítimo⁵²⁴. Mesmo que o legislador e juiz sejam, conscientemente, criadores de Direito, o modo de formação legislativa do Direito é reconhecido como fundamentalmente diverso daquele da formação jurisdicional⁵²⁵.

Corroborando a noção acima expendida, *Lord Devlin da House of Lords* inglesa:

“É grande a tentação de reconhecer o judiciário como uma elite capaz de se desviar dos trechos demasiadamente embaraçados da estrada do processo democrático. Tratar-se-ia, contudo, de desviação só aparentemente provisória; em realidade, seria ela a entrada de uma via incapaz de se reunir à estrada principal, conduzindo inevitavelmente, por mais longo e tortuoso que seja o caminho, ao estado totalitário”⁵²⁶.

⁵²¹ SILVA, Evandro Lins e. *Crime de hermenêutica e súmula vinculante*. In *Verbis*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 5, dez. 1996. p. 8.

⁵²² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. op. cit. p. 101. No mesmo sentido: GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 212.

⁵²³ GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 212.

⁵²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*... p. 47/48.

⁵²⁵ STRECK, Lênio. op. cit. p. 244.

⁵²⁶ *Apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*... p. 93.

É certo também que, de acordo com Mauro Cappelletti, defensor de um direito “jurisprudencial”, as lideranças legislativas e executiva, embora tradicionalmente considerada diretamente responsável perante o povo, nunca constitui, diferentemente do judiciário, perfeito paradigma de democracia representativa (cita alguns argumentos em defesa de um direito jurisprudencial, podendo superar a “ilegitimidade democrática do judiciário”)⁵²⁷. Contudo, devemos respeitar nossa tradição constitucional, que, até nova ordem (constitucional), ainda consagra a garantia do processo legislativo democrático, discutido, aberto e participativo (arts. 59 e seguintes) para a criação de norma jurídica.

Ademais, tanto a separação de poderes, como os direitos e garantias fundamentais (subprincípios ao princípio do devido processo legal) são considerados cláusulas pétreas em nosso ordenamento constitucional, conforme art. 60, §4º, III e IV da Constituição Federal, não podendo ser alterados, atingidos ou serem alvo de reforma, nem mesmo por emenda constitucional.

O constituinte reconheceu que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los⁵²⁸. Na mesma esteira, o princípio da separação dos poderes, adotado no art. 2º, da Constituição da República, o qual, por caracterizar em seu fundamento a matriz do modelo democrático acolhido, dota-se de uma super-rigidez que também não pode ser abolido sequer por emenda constitucional⁵²⁹.

Desta forma, sendo desnecessário maiores considerações acerca de limites de revisão constitucional⁵³⁰, haja vista essas cláusulas pétreas constituírem núcleo essencial da Constituição Federal⁵³¹, toda e qualquer lei de revisão ou reforma, incluindo-se nessa classificação emenda constitucional, que desrespeitar esses limites serão consideradas inconstitucionais. Logo, inconstitucional, do ponto de vista material, a Emenda Constitucional nº 45/2004, na parte que institui a súmula vinculante.

⁵²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 94.

⁵²⁸ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais...* p. 1.

⁵²⁹ ROCHA, Carmen Lúcia. op. cit. p. 103.

⁵³⁰ Para um estudo acerca dos limites da revisão constitucional, ver: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...* p. 1060/1078.

⁵³¹ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais...* p. 41/45.

3.2.2.1.3. A independência judicial

A presente dissertação foi inaugurada com a epígrafe de Norberto Bobbio, que representa o coração da função jurisdicional: **“a aplicação de uma norma a um caso concreto jamais é mecânica; requer uma interpretação na qual intervém, em maior ou menor medida, conforme os diversos tipos de leis, o julgamento pessoal do juiz”**⁵³².

Tal discricionariedade judicial é decorrência da independência judicial. Como afirma Zaffaroni, a independência judicial não decorre da separação dos poderes, mas surge como exigência mesma da essência da jurisdição, sendo considerada pelo mestre argentino como a “chave de poder do judiciário”⁵³³.

O juiz é uma pessoa dotada de consciência moral, e em consequência, não se lhe pode impor a independência ética ou moral, pois é algo completamente individual e de sua própria consciência; a única “independência” que pode se exigida do juiz é a jurídica⁵³⁴.

A independência judicial pode ser de caráter interno ou externo. O primeiro refere-se à garantia do magistrado de estar livre de pressões de poderes externos, seja de particulares, órgãos governamentais ou até mesmo de colegiados da própria judicatura; um juiz independente não pode ser concebido numa democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal⁵³⁵.

O segundo caráter, e o que importa a presente análise, é a independência interna do juiz. É inconcebível imaginar um poder judiciário como um ramo da administração, sendo disposto numa estrutura hierarquizada de um exército: *um judiciário verticalmente militarizado é tão berrante e perigoso quanto um exército horizontalizado*⁵³⁶. Há de se preservar a independência do juiz relativamente aos próprios órgãos considerados “superiores” no interior da estrutura judiciária. Segundo Luiz Flávio Gomes, a independência “funcional” (ou interna) é instrumento do Estado Democrático de Direito que visa preservá-lo

⁵³² BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 211

⁵³³ ZAFFARONI, Eugênio Raul. op. cit. p. 87.

⁵³⁴ ZAFFARONI, op. cit. p. 87.

⁵³⁵ ZAFFARONI, op. cit. p. 88.

⁵³⁶ ZAFFARONI, op. cit. p. 88.

de ingerências administrativas que possam ocorrer dentro da própria instituição, principalmente “de cima para baixo”⁵³⁷. A independência funcional é, segundo Canotilho, uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência judicial, significando que o juiz está apenas submetido à lei, ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas, no exercício de sua função jurisdicional⁵³⁸.

Tal garantia tem como objetivo assegurar que o juiz seja efetivamente sujeito somente à constituição e à lei⁵³⁹. E nessa sujeição decorre o livre convencimento e própria consciência do magistrado que influirá na interpretação dos dispositivos legais. Nesse sentido, o único critério juridicamente relevante é o configurado pela norma jurídica interpretada e aplicada de acordo com as regras de interpretação e aplicação contidas no próprio sistema, e dentre elas o princípio de independência, que exclui, por exemplo, as ordens advindas dos superiores hierárquicos⁵⁴⁰.

De acordo com Carmen Lúcia Rocha, a independência do magistrado, posta na base do sistema constitucional adotado, encontra o seu funcionamento mais nobre no direito fundamental do acesso à Justiça constitucionalmente assegurado; tolhida aquela, restrito estará esse⁵⁴¹.

Com o implemento da súmula vinculante, afetado sem dúvida é este princípio. Positivada a súmula como norma vinculante e vinculada para o magistrado, teria sido relativizada, por essa norma sumular, a sua independência ao julgar⁵⁴². A súmula vinculante, na medida em que impõe coercitivamente ao juiz inferior o seguimento estrito de uma determinada interpretação do texto legal elaborada por juiz superior (no caso, ministro do STF, conforme o disposto nos art. 103-A, §3º, EC 45/2004 e art. 7º da Lei 11.417/2006), faz “tábula rasa” da independência dos juízes⁵⁴³.

A independência judicial, assim como o rol de garantias dadas aos juízes previstas no art. 95 da CF, são na realidade garantias do cidadão/

⁵³⁷ GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 204.

⁵³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit. p. 664.

⁵³⁹ Idem, ibidem.

⁵⁴⁰ Idem, ibidem.

⁵⁴¹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. op. cit. p. 107.

⁵⁴² Idem, p. 103.

⁵⁴³ GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 206.

jurisdicionado, pois são mecanismos que lhe assegura a certeza de ter a sua situação jurídica posta diante de juízes que exerçam o seu mister com independência. Para tanto, vê-se o magistrado desembaraçado de submissão ao pensamento, raciocínio ou interpretação de outrem, caso em que já não mais se teria, na hipótese, independência, nem teria o juiz sequer de emitir juízo decisório, ficando apenas a repetir julgamento feito por outro órgão judicial e aplicável à causa. Esse órgão, contudo, estaria sem o acesso aos dados de cada ação⁵⁴⁴.

Menos mal que fora abolido da Proposta de emenda constitucional nº 96/92, a criminalização dos agentes públicos que descumprissem reiteradamente a súmula vinculante, o chamado “crime de hermenêutica” de Ruy Barbosa. (Art. 98, §4º: o reiterado descumprimento de súmula com efeito vinculante, ou a desobediência às decisões de que tratam o parágrafo anterior e o §2º do art. 106, configurará crime de responsabilidade para o agente político e acarretará a perda de cargo para o agente da Administração, sem prejuízo de outras sanções).

Mais uma vez a agora ministra Carmen Lúcia afirma que o que se tem com a “súmula vinculante” não é uma restrição, mas sim a exclusão da independência do magistrado, pois não é sobre matérias afetas exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal que se impõe o não pensar em interpretação diversa, mas a qualquer matéria que seja submetido ao seu julgamento. O que se busca com a súmula vinculante é a supressão da jurisprudência criadora atingida pelo silêncio imposto ao juiz⁵⁴⁵.

No que concerne ao trabalho de interpretação do juiz de primeiro grau diante de um enunciado de súmula que ele deva aplicar em sua decisão, ou seja, que esteja no rol da súmula vinculante, dúvida não há de que este restará inteiramente prejudicado. Victor Nunes Leal, com a propriedade de idealizador da súmula no âmbito do Supremo Tribunal, taxativamente asseverava sobre a impossibilidade de interpretação dos enunciados de súmula:

“É oportuno mencionar que estes (os conteúdos dos enunciados) não devem ser interpretados, isto é, esclarecidos quanto ao seu correto significado. O que se interpreta é a norma da lei ou do

⁵⁴⁴ ROCHA, Carmen Lúcia. op. cit. p. 104.

⁵⁴⁵ ROCHA, Carmen Lúcia. op. cit. p. 105.

regulamento, e a Súmula é o resultado dessa interpretação, realizada pelo Supremo Tribunal. (...) Por isso mesmo, sempre que seja necessário esclarecer algum dos enunciados da Súmula, deve ele ser cancelado, como se fosse objeto de alteração, inscrevendo-se o seu novo texto na Súmula com outro número”⁵⁴⁶.

Inegavelmente, o Poder Judiciário tem o seu papel mais intenso nas instâncias inferiores. Como escreve Cândido Dinamarco, a realidade da vida que chega ao juiz, no drama de cada processo, é muito mais complexa e intrincada, solicitando dele uma sensibilidade muito grande para a identificação dos fatos e enquadramento em categorias jurídicas, para a descoberta da própria verdade quanto às alegações de fato feitas pelos litigantes e sobretudo para a determinação do preciso e atual significado das palavras contidas na lei⁵⁴⁷⁻⁵⁴⁸. Nesta esteira, Carmen Lúcia enxerga a súmula vinculante “apenas como um ‘cabresto normativo’, que não impede que o juiz tenha que atuar, ainda que apenas como um repetidor de decisão alheia”⁵⁴⁹.

Nesse sentido, outra garantia processual encontra-se ameaçada diante da súmula vinculante: garantia da motivação das decisões judiciais, decorrente de previsão constitucional inserta no art. 93, IX da Constituição Federal. Como bem anotado por Magalhães Gomes Filho em obra específica sobre o tema, “a exigência de motivação das decisões assegura, em primeiro lugar, os limites da independência do juiz, evitando que a autonomia em face dos demais poderes do Estado ou de outros órgãos judiciários possa converter-se em arbítrio ou representar o perigo de uma ‘ditadura judicial’”⁵⁵⁰.

Quando considerada como uma garantia processual, a exigência de fundamentação das decisões judiciais é enxergada como um dos requisitos essenciais à realização do processo justo⁵⁵¹. Segundo Ferrajoli, este princípio exprime e ao mesmo tempo garante a natureza

⁵⁴⁶ LEAL, Victor Nunes. op. cit. p. 56/57. Interpolação nossa.

⁵⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo...* p. 238/239.

⁵⁴⁸ Tal importância do papel do juiz em viver diretamente o “drama” de cada processo foi contemplada na recente reforma do Código de Processo Penal pela instituição do princípio da identidade física do juiz no processo penal: art. 399, § 2º: “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

⁵⁴⁹ ROCHA, Carmen Lúcia. op. cit. p. 110.

⁵⁵⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...* p. 98.

⁵⁵¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais...* p. 48.

cognitiva em vez da natureza potestiva do juízo, vinculando-o, em direito, à estrita legalidade, e, de fato, à prova das hipóteses debatidas⁵⁵². A motivação permite a fundação e o controle das decisões seja de direito, por violação de lei ou defeito de interpretação ou subsunção, seja de fato, por defeito ou insuficiência de provas ou por explicação inadequada do nexo entre convencimento e provas⁵⁵³. Ada Pellegrini enxerga que no dever de motivar, insere-se inquestionavelmente o direito das partes de serem ouvidas e verem apreciadas as questões suscitadas, as provas e as razões utilizadas. O que representa desdobramento das garantias do direito de ação e de defesa e do contraditório, satisfeitas agora pelo direito à avaliação dos argumentos e provas carreados aos autos⁵⁵⁴. A motivação também carrega o valor “endoprocessual” de garantia de defesa e o valor “extraprocessual” de garantia de publicidade⁵⁵⁵.

Segundo Canotilho, a exigência de fundamentação das decisões judiciais ou da ‘motivação de sentenças’ radica em três razões fundamentais: controle da administração da justiça; exclusão de caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; e melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas⁵⁵⁶. Desta última razão decorre a chamada garantia do duplo grau de jurisdição.

Conquanto não seja a sua inclusão entre os pressupostos essenciais à realização de um *processo justo*, não é possível deixar de incluir entre as garantias processuais o reexame das decisões, em seus aspectos de fato e de direito. Ao se considerar o duplo grau como garantia processual, deve se reconhecê-lo como instrumento de controle sobre o exercício do poder jurisdicional, que assegura a correção dos provimentos e, de forma concomitante, tutela os direitos controvertidos no processo, sobretudo aqueles direitos fundamentais do acusado (especialmente em processo penal)⁵⁵⁷.

⁵⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer Sica et alii. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 573.

⁵⁵³ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 574.

⁵⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendência do direito processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990. p. 34/35.

⁵⁵⁵ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 574.

⁵⁵⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. op. cit. p. 667.

⁵⁵⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. op. cit. p. 44/45.

De vital importância também a função política da motivação das decisões judiciais. Nos regimes democráticos a legitimação dos membros do poder Judiciário — que não resulta da forma de investidura no cargo — só pode derivar do modo pelo qual é exercida a sua função⁵⁵⁸. Especificando tal função, lê-se Magalhães Gomes Filho:

“Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da *política*, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional”⁵⁵⁹.

O fato de os juízes, ao se depararem com situações jurídicas que se assemelhem às da prevista em enunciados de súmula vinculante do STF terem simplesmente de aplicá-las, fere o princípio da motivação das decisões judiciais.

Todos os juízes devem ter a independência para julgar de acordo com a sua consciência e o seu convencimento, inclusive para divergir da Súmula e pleitear a sua revogação⁵⁶⁰. A independência dos juízes é um dos valores fundamentais para o bom (e correto) andamento do Poder Judiciário brasileiro, e, conseqüentemente, da democracia nacional. O que está em jogo, em última análise, é a “liberdade individual”, bem como uma das bases do próprio modelo de Estado instituído pela nossa Constituição de 1988 (art. 1º)⁵⁶¹.

Contrariamente ao que sucede com os outros poderes, cada juiz é em si mesmo titular do Poder Judiciário, mesmo porque em cada instância de jurisdição realiza-se a função de declarar o direito com vocação de firmeza⁵⁶². A Justiça fala pelo juiz. Calar o magistrado é silenciar o homem. A “súmula vinculante” é, no Direito, o “silêncio obsequioso” imposto nas religiões sem democracia⁵⁶³.

Finalizando este tópico, imprescindível trazer a magistral passagem crítica de Nélson Hungria justamente contra o conformismo

⁵⁵⁸ Idem, p. 79.

⁵⁵⁹ Idem, p. 80.

⁵⁶⁰ SILVA, Evandro Lins e. *Crime de hermenêutica...* p. 8.

⁵⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 205.

⁵⁶² GOMES, Luiz Flávio. op. cit. p. 208.

⁵⁶³ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. op. cit. p. 113.

do magistrado como mero aplicador da jurisprudência assentada. Tal passagem, pela genialidade e eloquência da narrativa, conseguiu traduzir a independência da magistratura impendendo, inobstante o grande números de linhas, transcrição fidedigna:

“O juiz deve ter alguma coisa de pelicano. A vida é variedade infinita e nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as “roupas feitas” da lei e os figurinos da doutrina. Se o juiz não dá de si, para dizer o direito em face da diversidade de cada caso, a sua justiça será a do leito de Procusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela. Da mesma tribo do juiz técnico-apriorístico é o juiz fetichista da jurisprudência. Esse é o juiz burocrata, o juiz de fichário e catálogo, o juiz colecionador de arestos segundo a ordem alfabética dos assuntos. É o juiz que se põe genuflexo diante dos repertórios jurisprudenciais como se fossem livros sagrados de alguma religião cabalística. Para ele, a jurisprudência é o direito imutável e eterno: segrega-se dentro dela como anacoreta na sua gruta, indiferente às aventuras do mundo. Será inútil tentar movê-lo dos seus ângulos habituais. Contra a própria evidência do erro, ele antepõe, enfileirados cronologicamente, uma dúzia ou mais de acórdãos, e tranqüilos em físgadas de consciência, repete o ominoso brocardo: *error communis facit jus*. À força de se impregnar de doutrina e jurisprudência, o juiz despersonaliza-se. Reduz sua função ao humilde papel de esponja, que só restitui a água que absorve. Constrói no seu espírito uma parede de apriorismos e preconceitos jurídicos, que lhe tapam as janelas para vida. Suas decisões semelham, pela ausência de espontaneidade, às declarações de amor decoradas no *Conselho dos Namorados*. Enquadrado o seu pensamento nos esquemas fechados do teorismo científico ou do casuísmo curial, sua alma se estiola e resseca, impassível aos dramas que vêm epilogar-se nas salas dos tribunais. Não *sente* o direito, que ele só conhece e declara dentro de fórmulas invariáveis e hirtas. Exerce a função tão fria e impessoalmente como o empregado de aduana ao classificar mercadorias sob a rubrica de tabela tarifária”⁵⁶⁴.

⁵⁶⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. I. Tomo 1°. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro. 1955.p. 63/66

3.2.2.1.4. Da inconstitucionalidade da Lei nº 11.417/2006

A Lei nº 11.417/2006 foi promulgada para regulamentar o disposto na Emenda Constitucional nº 45/2004, mais especificamente a previsão contida no art. 103-A da Constituição Federal, ou seja, a “súmula vinculante”. Não é necessário uma detida análise de seus artigos para perceber que tal diploma legislativo nada mais é do que uma ressonância (para não falar uma repetição) dos termos da emenda constitucional referida.

E como esta acompanha a essência da emenda, todas as críticas tecidas nos itens anteriores podem e devem ser também direcionadas a essa lei. Desta forma, imperioso reconhecer a inconstitucionalidade material da Lei nº 11.417/2006, por violação das cláusulas pétreas correspondentes aos direitos e garantias individuais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa (art. 60, §4º, IV da CF) e da separação de Poderes (art. 60, §4º, III da CF), por constituírem as mesmas **núcleo essencial** de nossa Constituição Federal⁵⁶⁵.

Contudo, outro viés de inconstitucionalidade vicia a lei em comento. Em verdade, a Lei nº 11.417/2006 foi iniciada no âmbito do Senado Federal, pelo Projeto de Lei nº 13/2006, por iniciativa da Comissão Mista Especial encarregada de regulamentar a Emenda Constitucional nº 45 (que veiculava a Reforma do Judiciário). Em 09 de fevereiro de 2006, é apresentada redação final aprovada do projeto, no parecer (Parecer nº 112/2006) da Comissão Diretora no Senado Federal⁵⁶⁶, sendo enviado à Câmara dos Deputados em 15.02.2006.

Tramitando o projeto naquela Casa legislativa (Projeto de Lei nº 6.636, de 2006), sendo o relator o deputado federal Maurício Rands, sofreu o mesmo diversas alterações, tanto em sua redação, como sendo claramente **emendado** no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça.

A seguir, um quadro comparativo entre os dois textos, feito pelo Instituto de Direito Processual Brasileiro (IDBP)⁵⁶⁷:

⁵⁶⁵ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais...* p. 41/45.

⁵⁶⁶ Publicação em 10.02.2006 no Diário do Senado Federal, pp. 3805/3808, disponível em www.senado.gov.br, acesso em 10.08.07.

⁵⁶⁷ Notícia de 22.12.2006. Disponível em www.ibdp.org.br, acesso em 05.01.2007.

Texto do Senado Federal (PLS N° 13/2006)	Texto da Câmara dos Deputados (PL N° 6.636/2006)
Art. 2o (...) § 3º A edição, sobre a aprovação ou rejeição de súmula com efeito vinculante somente será tomada se presentes na sessão pelo menos 8 (oito) Ministros	Art. 2o (...) § 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.

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 3º II - o Advogado-Geral da União; III - a Mesa do Congresso Nacional ou de suas Casas; XI - o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal; XII - o Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público de Estado ou do Distrito Federal e Territórios; XIII - o Defensor Público-Geral de Estado ou do Distrito Federal e Territórios; XIV - <i>[vide inciso XI ao lado]</i> § 1º Os Municípios e as pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, poderão propor a edição de súmula com efeito vinculante, na forma do caput do art. 5º. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros, mesmo aqueles sem interesse estritamente jurídico na questão, na forma estabelecida pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.	Art. 3º II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; 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.

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 4º No procedimento para edição de súmula, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de data certa.	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.

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 5º A edição de súmula com efeito vinculante, quando não se der de ofício, será proposta incidentalmente durante o julgamento de feitos da competência do Supremo Tribunal Federal, e sobrestará o seu julgamento, se necessário. Parágrafo único. A proposta de edição de súmula: I - se for feita perante a turma, a remessa dos autos ao plenário estará condicionada à anuência de 2 (dois) Ministros, e independerá de lavratura de acórdão; II - se apresentada perante o plenário, adotar-se-á o procedimento estabelecido pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Art. 6º Os legitimados nos incisos I a XIV do art. 3º poderão propor, mediante petição, a edição de súmula vinculante, independentemente da existência de processo em curso. Art. 7º A revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes, quando não ocorrerem de ofício, serão propostos mediante petição, sujeita a distribuição, independentemente da existência de processo em curso. § 1º A petição, que deverá ser acompanhada de instrumento de mandado, se for o caso, indicará: I - o número do enunciado impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - a existência de mudança jurídica ou fática substancial, capaz de justificar a alteração do entendimento que presidiu a edição da súmula. Art. 8º Os enunciados da súmula serão redigidos com clareza e precisão, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I - para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando o enunciado versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja sumulando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto dos enunciados, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; f) evitar o uso de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados; g) restringir o conteúdo de cada enunciado a um único assunto; II - para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objeto da súmula e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o Tribunal pretende dar ao enunciado; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto.	<i>Sem correspondência.</i> <i>Todos suprimidos</i>

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 7o (...) § 2o Revogada a lei à qual a súmula está vinculada, tratando-se de súmula interpretativa, esta perde automaticamente a eficácia.	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.

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 7o (...) § 3º A proposta de revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante não enseja suspensão dos processos nos quais a matéria versada na súmula for discutida.	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.

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 9º (...) § 2º Quando a reclamação de que trata o caput impugnar ato administrativo, será exigido, como condição de procedibilidade, o esgotamento da instância administrativa, observado o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da ciência do ato impugnado, desde que não se trate de ato omissivo ou desde que nessa instância se possam obstar os efeitos do ato.	Art. 7º (...) § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

Texto do Senado Federal	Texto da Câmara dos Deputados
Art. 10. Caberá ao Supremo Tribunal Federal estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias ao cumprimento desta Lei.	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.

Fonte: IBDP — Instituto de Brasileiro de Direito Processual Brasileiro

Como previsto em nossa ordem constitucional, a tramitação dos projetos de lei é regulada pelo art. 65 da Constituição Federal, que dispõe que “o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção

ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”. E em seu parágrafo único diz: “Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.

Apesar dessa expressa previsão contida no art. 65, parágrafo único da CF, o projeto de lei do Senado (PLS 13/2006) foi emendado na Câmara dos Deputados e não mais retornou ao Senado Federal, transformando-se em “norma jurídica”, ou seja, sendo promulgada a Lei nº 11.417/2007.

Portanto, formalmente inconstitucional a Lei nº 11.417/2006, devendo ser assim declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO 4

SÚMULA VINCULANTE EM MATÉRIA CRIMINAL

O presente capítulo representa, por assim dizer, o centro da dissertação. Nele, busca-se analisar a viabilidade ou não da aplicação de enunciados com efeito vinculante da Súmula do Supremo Tribunal Federal em sede criminal.

Cabe ressaltar que até a presente data⁵⁶⁸, houve a edição de apenas 6 (seis) enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal referentes à seara penal. O primeiro deles é relativo a aspecto de política de execução penal, na qual há apenas a afirmação da constitucionalidade do art. 127 da Lei de Execuções Penais (LEP), não merecendo pois análise mais detida, vez que nesse verbete o Supremo Tribunal utilizou-se da via da “súmula vinculante” para fazer tão-somente uma afirmação de constitucionalidade de dispositivo legal⁵⁶⁹. Os outros cinco serão analisados no capítulo 5⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ A atualização da presente foi feita em maio de 2010.

⁵⁶⁹ Súmula vinculante nº 9: “*O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.*”. Para a análise de tal súmula ver GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. A súmula vinculante nº 9 e o direito penal: análise de dois aspectos à luz da garantia da ilegalidade. In: *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 192, p. 17-18, nov. 2008.

⁵⁷⁰ Súmula vinculante nº 11: “*Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.*”. Súmula vinculante nº 14: “*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.*”.

Súmula vinculante nº 24: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária,*

A bem da verdade, toda a argumentação até agora expendida decorreu de reflexão acerca da inviabilidade da “súmula vinculante” em linhas gerais em relação a todo o ordenamento jurídico nacional, seja em face a tradição de nosso direito (romano-germânica), seja em face das garantias constitucionais e direitos fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988. Neste capítulo, será dado foco especificamente à análise da existência da súmula vinculante frente aos valores das Ciências Penais, ora do Direito Penal, ora do Direito Processual Penal, observando para tanto aspectos principiológicos, dogmáticos e até mesmo criminológicos. A aplicação da “súmula vinculante”, da maneira que foi proposta e sistematizada, torna difícil a sua aceitação em qualquer ramo do direito, mas tal dificuldade encontra-se maximizada quando tratamos de valores penais e processuais penais.

4.1. Distinção necessária entre Processo Penal e Civil: crítica a uma Teoria Geral do Processo

Para demonstrar a (maior) incompatibilidade do instituto da “súmula vinculante”, afigura-se pertinente evidenciar a distinção necessária entre Direito Processual Penal e Civil ou, em outras palavras, estabelecer uma crítica a uma teoria geral do processo, que se afigura como um dos fatores que contribuem para a confusão e aceitação de certos institutos.

Como acima exposto, os enunciados vinculantes de súmula do Supremo Tribunal Federal, ainda que fossem compatíveis com o processo civil — visto a existência de alguns dispositivos no Código de Processo Civil que já admitem a carga normativa cogente

previsto no art. 1o, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Súmula vinculante n° 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Súmula vinculante n° 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, 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 de exame criminológico”.

de súmula e até mesmo de jurisprudência dominante dos tribunais superiores⁵⁷¹ —, dificilmente poderiam o ser no penal.

Em verdade, a teoria geral do processo é capitaneada evidentemente por concepções privatísticas do Direito Processual Civil. Nos bancos universitários brasileiros, o Direito Processual Penal tende a ser estudado como parte integrante dessa Teoria Geral do Processo, na qual engloba não só o processo penal, como o processo civil, administrativo e trabalhista, vez que, entende parte da academia, que os institutos por serem análogos e semelhantes deveriam ser analisados diante de uma raiz única⁵⁷².

Cândido Dinamarco, um dos maiores defensores do unitarismo no direito processual brasileiro (coautor da obra citada sobre a teoria geral), conceitua a teoria geral do processo como “um sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do comportamento dos diversos ramos do direito processual”⁵⁷³. Tem como objetivo passar dos campos particularizados do processo civil, trabalhista ou penal,

⁵⁷¹ Nesse sentido, sintomáticos são os artigos 557 do Código de Processo Civil que diz que “o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, o artigo 518, §1º do Código de Processo Civil, reformado pela Lei nº 11.276/2006, no qual há a expressa menção de que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”, o artigo 544, §3º que diz que “Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”, o artigo 475, §3º que impede o duplo grau de jurisdição quando a sentença “estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente” ou a previsão constante no art. 285-A, inserido pela Lei nº 11.277/2006, a chamada “sentença vinculante” ou “sentença emprestada” de primeira instância que prevê “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

⁵⁷² É de se registrar quão sintomático é título do livro adotado pela grande maioria dos estudantes do bacharelado em Direito quando da iniciação em Direito Processual: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

⁵⁷³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 69.

à integração de todos eles num só quadro e mediante uma só inserção no universo do Direito⁵⁷⁴. Todavia, reconhece o professor das Arcadas o “lavor árduo e incipiente” que esta teoria geral se propõe a levar avante⁵⁷⁵.

Acompanhando este pensamento, Afrânio Silva Jardim afirma categoricamente que “mais do que uma necessidade metodológica para o estudo dos vários ramos do direito processual, a teoria geral do processo é uma consequência inarredável do estudo sistemático das diversas categorias processuais”⁵⁷⁶. Acrescenta o eminente professor, valendo-se das lições de Jaime Guasp, que as peculiaridades de cada ramo do direito processual não chegaram a afetar a ontologia do processo, chegando tão-somente às portas de sua estrutura formal, sendo de toda sorte difícil o estudo do processo penal separadamente, ficando bastante estreito o campo para uma teoria geral exclusiva do processo penal, senão inteiramente dispensável⁵⁷⁷. Humberto Dalla, também partidário da corrente unitarista (porém de uma forma mais branda), afirma que a ciência processual, seja penal, civil, ou até mesmo trabalhista, obedece a uma estrutura básica, comum a todos os ramos, permitindo uma condensação científica de caráter metodológico⁵⁷⁸.

Retrocedendo na formação da doutrina processual nacional, encontra-se na obra de Frederico Marques a noção de que o processo como instrumento de atuação da lei é um só, afirmando que regras procedimentais diversas que possam existir não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e penal categorias estanques⁵⁷⁹.

Por mais bem delineados e sedutores que pareçam os entendimentos esposados, não há como prosperar a consideração de uma

⁵⁷⁴ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁵ Idem, *ibidem*.

⁵⁷⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2003. p. 19.

⁵⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 20

⁵⁷⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 9. Apesar de defender a corrente unitária, acreditamos que o autor reconhece as diferenças inconciliáveis entre as duas ciências processuais, constatando-se tal conclusão tanto na leitura da apresentação de seu livro feita por Leonardo Greco (p. xvii), como do sintomático título de sua obra.

⁵⁷⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. v. 4. Campinas: Bookseller. 1998.p. 29.

unidade entre tipos processuais tão díspares. Tal noção não se coaduna com a realidade atual tanto prática como científica em âmbito processual. Compreende-se a posição do mestre Frederico Marques, que detém em seu currículo o mérito de ter sido um dos primeiros (senão o primeiro) doutrinadores nacionais a sistematizar e moldar cientificamente o processo penal, sendo, de acordo com Jacinto Coutinho, “o primeiro grande escritor, no Brasil, de um direito processual penal que queria superar a base praxista da ritualística (...)”⁵⁸⁰.

Contudo, lança-se o ilustre e saudoso professor na (louvável) luta dos processualistas pela autonomia do direito “adjetivo” em relação ao chamado direito material (ou “substantivo”). Percebe-se tal premissa nitidamente quando prossegue afirmando que “o direito processual não é simples apêndice do direito que regula o conflito de interesses, que deve ser jurisdicionalmente apreciado e solucionado, e conclui ser a relação processual autônoma e de direito público, pelo que independe da natureza do litígio a ser decidido”⁵⁸¹.

Em verdade, negar a autonomia ao direito processual atualmente soa, segundo afirma Jacinto Coutinho, como algo “risível”, não se esquecendo de que entre nós a idéia de direito processual sistêmico é muito recente e deve-se aos ensinamentos de Liebman⁵⁸²:

“Sem demérito algum aos ditos grandes nomes do passado (aula Baptista, João Monteiro, entre outros), o momento fundamental do nosso direito processual é aquele em que ganha cientificidade, e ela chega em definitivo com Liebman. Poderíamos dizer, então, que há um direito processual antes e outro depois da passagem do mesmo pelo Brasil, durante a Segunda Guerra Mundial, principalmente em São Paulo”⁵⁸³.

Retornando ao tema, como afirma Goldschmidt, o processo civil

⁵⁸⁰ COUTINHO, Jacinto N.M. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. In: WUNDERLICH, Alexandre. (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 141.

⁵⁸¹ MARQUES, José Frederico. Op. cit. p. 30.

⁵⁸² COUTINHO, Jacinto N.M. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá. 1998. p. 121

⁵⁸³ Idem, ibidem.

e o processo penal formavam, no princípio, uma unidade⁵⁸⁴. Em retrospecto histórico, Figueiredo Dias demonstra que num estágio primitivo das legislações, faltava a consciência clara de uma diferenciação de vários tipos de processo, principalmente do processo penal e do processo civil⁵⁸⁵.

A razão disto residia na própria confusão dos ramos de direito substantivo respectivos e numa concepção jurídico-penal onde não estava ainda presente o interesse da sociedade na punição do criminoso, mas apenas o da vítima em obter vingança e reparação: qualquer processo traduziria só uma oposição de interesses entre a vítima e o agressor, esgotando-se na queixa de um fato ilícito e no pedido de reparação ao agressor⁵⁸⁶. A “composição” que correspondia à vítima do delito cumpria as funções da pena; processo civil e penal formavam um todo indivisível⁵⁸⁷.

Com a criação do Estado e sua apropriação do monopólio do poder punitivo, desaparece a confusão antes estabelecida entre os processos, devido ambos outrora visarem os mesmos objetos: ou a reparação da vítima ou a punição do agressor⁵⁸⁸⁻⁵⁸⁹. Em outras palavras, desde que a pena pública substituiu a composição privada e, conseqüentemente, o processo penal destacou-se do processo civil, o primeiro reivindicou suas próprias categorias adequadas à essência de seu objeto⁵⁹⁰.

Nessa esteira, no estágio atual em que se encontram os direitos processuais penal e civil, inviável torna-se a unificação destes dois

⁵⁸⁴ GOLDSCHMIDT, James Paul. *Princípios gerais do processo penal*. trad. por Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder. 2002. p.12.

⁵⁸⁵ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra. 1974. (2004, reimpressão). p. 51.

⁵⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 51,52.

⁵⁸⁷ GOLDSCHMIDT, James Paul. op. cit. p. 28.

⁵⁸⁸ Em relação a este ponto específico, Zaffaroni afirma ser o modelo punitivo pouco apto a solucionar o conflito, pois quando aprisiona alguém não resolve o conflito, mas sim o suspende, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que, por definição, exclui a vítima (ao contrário dos modelos reparador ou conciliador). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. parte general*. 2ªed. Buenos Aires: Ediar. 2002. p. 37.

⁵⁸⁹ João Mendes indicava que já na legislação da Grécia antiga ocorrera a divisão entre delitos públicos privados, demonstrando a preocupação, no primeiro, do exercício de repressão visando a manutenção da “ordem pública e a segurança geral”. ALMEIDA Jr., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1959. p.23.

⁵⁹⁰ GOLDSCHMIDT, James Paul. op. cit. p. 28.

“ramos”⁵⁹¹. Como que em contraposição à assertiva de Cândido Dinamarco, Alberto Binder ensina que “aqueles que desejarem dedicar-se à investigação jurídica mais abstrata sempre encontrarão nela um ponto de contato com os conflitos humanos, com o choque de interesses e com a infelicidade aí gerada”⁵⁹². Poderia-se falar nos inúmeros pontos distintivos entre as teorias do direito processual penal e civil como o conceito de justa causa da ação penal, a questão da incompetência territorial (improrrogável no processo penal, à exceção da questão do foro concorrente referente à ação penal privada, art. 73, CPP)⁵⁹³, o princípio do *favor rei* (norteador do processo penal e sem previsão no civil)⁵⁹⁴ e seus consectários (embargos infringentes e revisão criminal privativos da defesa, o princípio do *in dubio pro reo*), a questão da lide (inexistente e inútil em sede processual penal)⁵⁹⁵, isso sem falar nas condições da ação⁵⁹⁶, dentre outros.

Em verdade, basta invocar o principal ponto caracterizador e individualizador do processo penal, verificável na vida real, sendo o mesmo suficiente para inviabilizar uma pretensa unidade teórica

⁵⁹¹ Utilizo a palavra ramos entre aspas, pois entendemos que não há propriamente uma raiz única entre as duas ciências (terminologia mais apropriada).

⁵⁹² BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. trad. por Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 2.

⁵⁹³ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 57.

⁵⁹⁴ SUANNES, Adauto. *Fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 165. Adauto Suannes justifica este tratamento diferenciado dispensado ao réu com vistas a contrabalançar alguns privilégios do Ministério Público.

⁵⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. trad. por Hebe Marenco. 2ª ed. Campinas: Minelli. 2004. p. 36. No Brasil, TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002, p. 35 e COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá. 1998. p. 126. Em posição contrária, considerando ser a lide facultativa em sede processual penal. JARDIM, Afrânio Silva. op. cit. p. 23.

⁵⁹⁶ Jacinto Coutinho, em sua monografia que representa um verdadeiro “grito de independência” do Direito Processual Penal, afirma que transportar as condições da ação do processo civil (interesse de agir, legitimação para agir e possibilidade jurídica do pedido) para o processo penal, esbarra numa incoerência insuperável. Segundo o autor paranaense, através de um estudo sistemático do art. 43, em confronto com o art. 18, ambos do CPP (cabe esclarecer que o artigo 43 foi revogado com a recente reforma do CPP operada especialmente pela Lei nº 11.719/2008), apresentam-se as condições da ação no processo penal: a) tipicidade objetiva; b) punibilidade concreta; c) legitimidade de parte; d) justa causa (referente ao art. 43, III, 2ª parte). COUTINHO, Jacinto. *A lide...* p. 148.

processual: *a tutela da liberdade humana frente à ocorrência de uma conduta tida como delituosa*⁵⁹⁷. Julio Maier atento à necessária particularização conceitual do processo penal para um entendimento consoante com a realidade e aplicabilidade deste, identifica-o como “*un instrumento oficial para que el Estado aplique su poder penal, una pura realización estatal del poder penal, para el que sólo se establecen ciertos límites en homenaje a la dignidad humana individual*”⁵⁹⁸.

Transpondo a discussão à realidade prática de nosso ordenamento jurídico, evidencia-se a abissal distância entre os dois “ramos”. Carnelutti em sua visão crítica há muito discorria sobre a necessária distinção entre os objetos tratados pelas duas ciências, afirmando que “o processo civil se distingue do processo penal por um caráter negativo: não existe um delito. Sendo o delito negação da civilidade, poderíamos chamar o processo penal de um processo incivil; e o processo civil, por sua vez, chamaríamos civil porque se realiza inter cives, quer dizer, entre homens dotados de civilidade”⁵⁹⁹.

Particularmente no Brasil, devido à influência demonstrada de Liebman em nosso sistema processual, que era um processualista civil (que de acordo com Jacinto Coutinho “nunca fez muita questão de sair para um vôo mais longo e penetrar com profundidade no processo penal”), o processo civil teve um aprimoramento técnico, porém, pouco se fez de novo além de um Código de Processo Civil apreciável tecnicamente, tanto quanto elitista e distante dos economicamente desfavorecidos, em um país de poucos favorecidos⁶⁰⁰. Trouxe Liebman o “fenômeno” chamado processo, vendo-o pelos seus olhos de processualista civil⁶⁰¹.

Em outras palavras: a realidade é que o processo penal serve ao direito penal. Por mais que a ciência processual tenha adquirido autonomia, seu propósito, sua razão de ser continua sendo viabili-

⁵⁹⁷ Suannes convergindo de certa forma explicita: “Falar no direito do ser humano à liberdade é falar do direito do Estado de limitá-la ou mesmo restringi-la drasticamente em nome de interesses difusos que se ocultam na vaga expressão ‘interesse público’. É falar, em suma, no processo penal”. SUANNES, Adauto. Op. cit. p. 147.

⁵⁹⁸ MAIER, Julio B.J. *Derecho procesal penal: fundamentos*. tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2004. p. 172.

⁵⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Como...* p. 33.

⁶⁰⁰ COUTINHO, Jacinto. *A lide...* p. 122.

⁶⁰¹ Idem, *ibidem*.

zar, servir de veículo e instrumento ao direito material, e ambos por sua vez configuram e servem à política criminal ditada pela ordem político-econômica vigente⁶⁰². O Direito Processual Penal é indissociável do Direito Penal. Em certa maneira, cada direito material condiciona politicamente o Direito processual correspondente, surgindo para cumprir tal mister, diversos princípios processuais para cada um dos diferentes direitos processuais⁶⁰³. Com a objetividade que lhe é peculiar, Hassemer clarifica que “sem o Direito Penal material não ficaria claro o que deve ser buscado no Processo, quais dados o Processo tem que recolher”⁶⁰⁴, concluindo que “Direito Penal material proporciona ao Processo Penal as caixas que ele tem que preencher”⁶⁰⁵.

Como assevera Figueiredo Dias, o Direito Processual Penal constitui uma parte integrante do Direito Penal⁶⁰⁶. Entende o professor português que a concretização do Direito Penal Substantivo exige uma regulamentação complementar que discipline a investigação e esclarecimento do crime concreto e permita a aplicação da consequência jurídica, sendo esta portanto o Direito Processual Penal⁶⁰⁷. Há uma nítida e necessária relação de complementaridade. Uma vez mais, Carnelutti, corroborando tal noção, afirma: “o processo penal sugere a idéia da pena; e esta, a idéia do delito, por isso o processo penal corresponde ao direito penal, como o processo civil corresponde ao direito civil”⁶⁰⁸. Delito e pena são como cara e coroa da mesma moeda; como o são direito penal e processual penal⁶⁰⁹.

Os fins e objetivos das duas ciências polarizam-se nas respectivas essências de tutela dos direitos a que servem: o processo civil versa

⁶⁰² Binder afirma que “Direito penal e Direito processual penal são co-responsáveis pela configuração da política criminal e eixos estruturadores do que se denomina “Sistema Penal” ou “Sistema de Justiça Penal”. BINDER, Alberto. op. cit. p. 13.

⁶⁰³ MAIER, Julio. Op. cit. p. 170.

⁶⁰⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. trad. da 2ª ed. alemã por Pablo R. da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. p. 172.

⁶⁰⁵ Idem. Ibidem.

⁶⁰⁶ Complementa o professor lusitano que a partir da função do Direito Penal, abrem-se três setores: Direito Penal Substantivo; Direito Processual Penal (adjetivo ou formal) e Direito de Execução das Penas. DIAS, Jorge Figueiredo. op. cit. p. 27.

⁶⁰⁷ Idem, ibidem

⁶⁰⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Como....* p. 21.

⁶⁰⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 33.

em regra sobre a propriedade, enquanto o processo penal, sempre, sobre a liberdade; no processo civil se discute o *ter*, no penal, o *ser*⁶¹⁰. Segundo afirma Aury Lopes Jr., o processo civil é o cenário da riqueza (de quem possui), ao passo que no processo penal, cada vez mais, é o processo *de quem não tem*, do excluído⁶¹². O crime não é um “negócio jurídico” e o homem não é uma *res*⁶¹³.

No processo civil busca-se a afirmação, exercício ou execução dos direitos subjetivos materiais, já no processo penal não se pode falar de um “direito subjetivo do Estado à aplicação da pena”⁶¹⁴. No entendimento de Goldschmidt, não há direito de punir: o poder de condenar o culpado é um direito potestativo, é anterior ao processo, pois nasce do delito segundo a lei penal⁶¹⁵. Sobre este ponto, Bettiol ensina:

“O Estado, apesar de portador dos supremos valores ético-político-jurídicos, não pode considerar-se como parte dum conflito travado com o argüido. Ele está numa posição de proeminência absoluta, se bem que o exercício da função jurisdicional deva ter sempre em conta os direitos e liberdades do argüido, valores primários de todo o sistema social. O conflito entre *jus puniendi* e o *jus libertatis* não pode conceber-se à imagem de um litúgio privatístico em que se disputa um bem econômico. (...) A liberdade individual, em jogo no processo penal, é um bem tão digno e importante que não pode pensar-se como objecto de uma lide”⁶¹⁶.

⁶¹⁰ CARNELLUTI, Francesco. “*Cuestiones sobre el proceso penal*”. trad. por Santiago Melendo. Buenos Aires: Libreria del Foro. 1994. p. 19.

⁶¹¹ Persistiu (e ainda persiste) por muitos anos a idéia de que o processo civil tutela fins privados, enquanto o processo penal tutela relações de natureza pública. Contudo, como alerta o professor Humberto Dalla em suas lições acadêmicas, vivemos hodiernamente uma tendência inversa, consistente na crescente publicização do processo civil (com o foco na tutela dos direitos coletivos e interesses difusos, objetos das ações civis públicas) e a desastrosa privatização do processo penal (concernente na crescente desregulamentação dos juizados especiais criminais); ilustrando tal tendência, ou seja, da negociação entre as partes, buscando a consentida submissão à pena, ver KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais: a concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 39/41).

⁶¹² LOPES JR., Aury, *Direito processual penal*... p. 35.

⁶¹³ COUTINHO, Jacinto. *A lide*... p. 122.

⁶¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit. p. 42.

⁶¹⁵ GOLDSCHIMDT, James P. op. cit. p. 29.

⁶¹⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições*... p. 231/232.

Diversos autores reconhecem a (indevida) influência do Direito Processual Civil na compreensão e interpretação do Direito processual penal, chegando a ponto de Bettiol falar em *pancivilismo*, vez que grande parte do progresso da ciência processual penal consiste, infelizmente, na adaptação a seus fenômenos de conceitos construídos para o estudo do processo civil⁶¹⁷. Jacinto Coutinho demonstra que os referenciais semânticos das duas ciências são distintos, não comportando um denominador comum⁶¹⁸. Como o sistema e o conteúdo do “DPP” e do “DPC” são distintos, resulta uma “TGP” plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no “DPP” naturalmente⁶¹⁹.

A grande verdade é que a Teoria Geral do Processo Civil, a cavalo na Teoria Geral do Processo, penetra em nosso processo penal e, ao invés de dar-lhe uma teoria geral, o reduz a um primo pobre⁶²⁰, uma parcela, uma fatia da teoria geral⁶²¹. Em suma, fazendo nossas as palavras de Coutinho, a “teoria geral do processo é engodo; teoria geral é a do processo civil e, a partir dela, as demais”, oriunda pois dos processualistas liebmanianos⁶²².

Um dos exemplos de incompatibilidade entre o processo civil e o processo penal é a atividade instrutória do juiz. Cândido Dinamarco, um dos árdus defensores da teoria geral do processo, explicitamente enuncia que “no Estado moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador”⁶²³, pregando o “aumento da participação do juiz na instrução da causa”⁶²⁴. Tal assertiva é absolutamente incompatível no âmbito de um direito processual penal moderno. No campo processual penal brasileiro, diante do sistema acusatório, juiz “ativo na instrução”, que se imiscui na produção de prova, é sinônimo de juiz inquisidor. Geraldo Prado demonstra que no modelo inquisitório há a proeminência da figura do juiz na tarefa de obtenção do material probatório, e segundo o princípio acusatório, entre os poderes do juiz, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial,

⁶¹⁷ *Apud* CARNELUTTI, Francesco. “Cuestiones...”. p. 17.

⁶¹⁸ COUTINHO, Jacinto. *Efetividade*.... p. 140.

⁶¹⁹ Idem, ibidem. No mesmo sentido: SUANNES, Adauto. op. cit. p. 154. Na doutrina estrangeira: MAIER, Julio. op. cit. p. 170; BINDER, Alberto. op. cit. p. 14.

⁶²⁰ Expressão cunhada por Carnelluti.

⁶²¹ COUTINHO, Jacinto. *A lide*... p. 123.

⁶²² Idem, ibidem.

⁶²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*... p. 244.

⁶²⁴ Idem, p. 25.

devendo o atuar desse ser suplementar, e de forma moderada, ao das partes, mantendo sua equidistância, imparcialidade, ou seja, sua reserva de jurisdição⁶²⁵.

Direcionando o foco por exemplo para as medidas cautelares, inaceitável torna-se a aplicação desta teoria geral. A prisão preventiva pode ser considerada como o marco distintivo das duas “espécies” de processo, por assim dizer, demonstrando e evidenciando de uma vez por todas a impossibilidade da existência de uma teoria unitária. Neste aspecto, precisa é a lição de Scarance Fernandes:

“Os estudos sobre a cautelaridade no processo penal têm sido feitos a partir dos ensinamentos vindos do processo civil e grandes têm sido as dificuldades para ajustar as construções teóricas daquele processo ao processo penal. **Além das dúvidas existentes nos estudos da cautelaridade no processo civil, surgem problemas adicionais em face de exigências e características próprias do processo criminal**”⁶²⁶.

Aury Lopes Jr. prega abertamente “o respeito às categorias jurídicas próprias do processo penal”⁶²⁷. Sustenta o autor gaúcho que não se pode transportar alguns dos conceitos das medidas cautelares em geral para o processo penal de forma imediata e impensada, consistindo grande equívoco a busca da aplicação literal da doutrina processual civil ao processo penal⁶²⁸. Demonstra a impropriedade jurídica e semântica de se afirmar que para a decretação de uma prisão cautelar é necessária a existência de *fumus boni juris*. E questiona:

“Como se pode afirmar que o delito é a “fumaça de bom direito”? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese! (...) Logo, o correto é afirmar que o **requisito** para a decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi*

⁶²⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. 157/159.

⁶²⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 312. Grifo nosso.

⁶²⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 188.

⁶²⁸ Idem. p. 189.

delicti, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria”⁶²⁹.

Imprópria também é a utilização do *periculum in mora*, pois o fator determinante para ensejar a decretação da prisão cautelar não é o tempo, mas sim a situação de perigo criada pela conduta do imputado, decorrendo de seu *status libertatis*. Desta forma, o fundamento será o *periculum libertatis*⁶³⁰.

Por todos esses pontos, entende-se como inviável a concepção de uma teoria geral do processo. O processo penal tem sua dignidade científica proclamada por Rogério Lauria Tucci⁶³¹, não sendo mais esta ciência, como ilustrou Cernelutti, a “gata borralheira”⁶³² do ordenamento jurídico que antes fora diante das “irmãs” direito e processo civil⁶³³.

Os que sustentam ser a teoria geral do processo uma disciplina *problematizante*⁶³⁴ acabam tornando-a problemática, vez que o que se constata entre o processo civil e o penal são similitudes normativas de ordem formal, havendo de mesma sorte identidade aparente de vocabulários e instituições⁶³⁵. Não se pode a título de leve semelhança colocar verdadeira “camisa-de-força” no Direito Processual Penal, transformando-o em ciência amorfa, com desastrosas repercussões para seu estudo e principalmente, sua aplicação real. Em verdade, o processo civil tem de funcionar como grande auxiliar comparativo subsidiário do processo penal, nas ocasiões em que algumas questões aparentem obscuridade conceitual, de forma suplementar, seguindo a *ratio* do artigo 3º do Código de Processo Penal⁶³⁶, e não buscar

⁶²⁹ Idem. *ibidem*. Grifos no original.

⁶³⁰ Idem. p. 190.

⁶³¹ TUCCI, Rogério L. op. cit. p. 55.

⁶³² Nilo Batista, em apresentação ao livro de Geraldo Prado afirma que o processo penal é a “gata borralheira” humilhada entre suas irmãs, o direito penal e o processo civil. In: PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001. p. xi.

⁶³³ CARNELUTTI, Francesco. “*Cuestiones...*”. p. 20.

⁶³⁴ DINAMARCO, Cândido R. op. cit. p. 69.

⁶³⁵ MAIER, Julio. op. cit. p. 168.

⁶³⁶ Art. 3º CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analó-

a aplicação de conceitos que são evidentemente conflitantes com a essência do processo e do direito penal.

Uma das lições de Binder merece transcrição no sentido de transmitir o verdadeiro objeto do processo penal, demonstrando uma vez mais, o total distanciamento do processo civil, sendo inviável aplicação de seus conceitos:

“Geralmente, a cota de violência social que está inserida nos conflitos provocados pelo sistema penal é muito grande e a “solução” proposta pelo Estado costuma conter também uma grande quantidade de violência. Basta considerar que, muitas vezes, a “solução estatal” consiste em **prender seres humanos em jaulas** que, para a tranquilidade daqueles que estão do lado de fora, aprendemos chamar de “cárcere”. Ocultamos, assim, que não são muito diferentes das jaulas usadas para os animais, cuja prisão costuma comover-nos com muita maior facilidade que a de um semelhante”⁶³⁷.

Como constata Figueiredo Dias, “o tempo das grandes teorias gerais parece ser um tempo passado”⁶³⁸. E nesse caso, as aparências não enganam.

4.2. Inaplicabilidade da súmula vinculante em sede criminal

Feita a necessária distinção entre o processo penal e o civil, evidencia-se, de plano, a total e completa impossibilidade de aplicação de alguns de seus institutos em sede criminal. Inicialmente, devem ser rechaçados aqueles artigos do Código de Processo Civil (já listados no presente capítulo) que já permitem uma depuração da análise de questões pelos tribunais (ou até mesmo pelos juízes

gica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

⁶³⁷ BINDER, Alberto. op. cit. p. 4. Aury Lopes Jr. afirma que “são a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de um diferença insuperável entre processo civil e o penal. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*... p. 36.

⁶³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 54.

de primeira instância) através de “súmulas” ou da jurisprudência dominante. O ministro do Superior Tribunal de Justiça Franciulli Netto, por exemplo, expressamente afirma que é de ser admitida a súmula vinculante no campo do direito administrativo, em matérias de direito financeiro, econômico e tributário, devendo ser repelida, porém, no campo do direito civil, penal e em boa parte do direito comercial.⁶³⁹ O ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes por outro lado, alarga um pouco o campo de atuação asseverando que “em regra, as súmulas vinculantes serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização”⁶⁴⁰.

Nessa esteira, seguindo um pensamento lógico, haveria de se afirmar ser impensável que a “súmula vinculante” (ou qualquer daqueles dispositivos do Código de Processo Civil que possuem o mesmo desiderato), pudesse ser aplicada indiscriminadamente em questões criminais (incluindo o direito penal e o processo penal). Contudo, cabe ressaltar que instituto afim à “súmula vinculante”, a repercussão geral como requisito constitucional em recurso extraordinário, introduzida pela mesma Emenda Constitucional nº 45/2004, e regulamentada pela Lei nº 11.418/2006 que alterou o Código de Processo Civil, já foi reconhecida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal como aplicável também em causas criminais⁶⁴¹⁻⁶⁴².

Segundo texto da emenda constitucional há a garantia de que a aplicação da súmula vinculante do STF seria restrita a “questões constitucionais”. Mas pergunta-se: o que seria matéria (estritamente)

⁶³⁹ FRANCIULLI NETTO, Domingos. *A revalorização dos juízes de primeiro grau e dos tribunais locais*. Disponível em <http://hdl.handle.net/2011/236>, acesso em 20.08.2006.

⁶⁴⁰ MENDES, Gilmar *et. alli*. *Passado e futuro da súmula vinculante*... p. 345.

⁶⁴¹ STF, AI-QO/RS nº 664.567, rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno. j. em 18.06.2007, DJU em 06.09.2007. Há de se registrar que muitas questões criminais levadas à análise ao plenário do Supremo Tribunal Federal acerca de repercussão geral foram assim reconhecidas como “questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa”.

⁶⁴² Humberto Dalla afirma que esse instrumento (juntamente com a súmula vinculante) conferem ao STF uma feição muito mais política do que a atual, sustentando que determinar, em decisão irrecorrível, o que é ou não relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico é muito mais do que mera apreciação de questões de fato ou de direito. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 233.

constitucional? Sérgio Bermudes, ao analisar a EC nº 45/2004, explica:

“(...). Não sendo constitucional a matéria objeto da súmula vinculante, ela será nula, como são as leis contrárias à Constituição e, *a fortiori*, os atos de aplicação obrigatória dela. (...) Matéria constitucional é matéria regulada pela Constituição, se se permite a tautologia. A teoria da Constituição ensina que a lei é um desdobramento da Constituição. A partir desse entendimento, poder-se-ia sustentar, abundantemente, que qualquer matéria legal seria, em última análise, matéria constitucional. Mas como toda a norma que defere competência e delimita o âmbito do seu exercício, o art. 103-A impõe a interpretação restritiva, que leva a compreender por matéria constitucional a matéria que está na Constituição — não a matéria que, nela não se encontrando, ali deveria estar, de identificação tortuosíssima. Em termos científicos, não se pode sustentar que basta que o STF edite a súmula vinculante para tornar constitucional a matéria objeto dela, embora, em termos práticos, a tendência será não questionar o ponto, decidido, explícita ou implicitamente, no julgamento de aprovação da súmula”⁶⁴³.

A julgar pela controvérsia acerca da definição do que seria matéria constitucional, recairíamos em mesma medida no polêmico debate acerca da admissibilidade de recurso extraordinário frente a ofensa “reflexa” ou indireta à dispositivo constitucional, sendo, como diz Bermudes, constitucional o que o Supremo Tribunal Federal assim diz o ser. Humberto Dalla alerta com propriedade ser complicado delimitar o âmbito da expressão “matéria constitucional”, na medida em que a Constituição de 1988 avança sobre os diversos ramos do direito e regula questões que não precisariam estar previstas na mesma⁶⁴⁴.

Desta forma permitiu-se que o Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de editar enunciados de súmula vinculante sobre toda e qualquer

⁶⁴³ BERMUDES, Sérgio. *A reforma do judiciário pela emenda constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense. 2005. p. 120.

⁶⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo...* . p. 230.

matéria, descendo às minúcias, vez que, em última análise, toda a discussão jurídica decorre de aplicação de direito ou garantia constitucional, incluindo as questões criminais, tendo em vista a imbricada relação entre garantias constitucionais e garantias processuais penais.

É verdade que a doutrina constitucional vive hoje a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico* como identifica Humberto Ávila⁶⁴⁵, ou seja, o afã de buscar todas as explicações de questões jurídicas nos princípios constitucionais. É evidente que se necessita de parcimônia na exegese e no manejo dos mesmos, contudo, indisputável a constatação de que os princípios constitucionais são (e devem ser) reverenciados como bases e pilares do ordenamento jurídico⁶⁴⁶. São conceituados como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁶⁴⁷.

Contudo, na seara penal e processual penal, a importância da relação Constituição-normas infraconstitucionais ganha enorme relevo. Figueiredo Dias diz que qualquer ramo do Direito é “instrumental” face ao Direito Constitucional⁶⁴⁸. Contudo, os valores constitucionais exacerbam-se e ganham maior envergadura quando analisados e interpretados em sede processual penal, pois é nesta que se verifica, com maior intensidade, pontos de tensão entre Estado e os indivíduos. Segundo a lição da doutrina germânica, aqui representada por Hassemer, o processo penal é o Direito Constitucional aplicado⁶⁴⁹.

Goldschmidt já analisava esta íntima relação chegando a afirmar que “a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição”⁶⁵⁰. Não se pode perder de vista que “os fundamentos

⁶⁴⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 23.

⁶⁴⁶ Idem. p. 24.

⁶⁴⁷ Idem. p. 78/79.

⁶⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 33.

⁶⁴⁹ HASSEMER, Winfried. op. cit. p. 172. Acompanhando esta noção Maier afirma ser hoje em dia o Direito Processual Penal o *Direito Constitucional reformulado ou regulamentado*. MAIER, Julio. op. cit. p. 163.

⁶⁵⁰ GOLDSCHIMDT, James. op. cit. p. 71.

do Direito Processual Penal são, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado; a concreta regulamentação de singulares problemas processuais é conformada jurídico-constitucionalmente”⁶⁵¹. Advém deste novo enfoque constitucional o que o professor Rogério Lauria Tucci denomina de *regramentos constitucionais do processo penal*⁶⁵², entendido pelos estudos de Binder como *forma constitucional do processo penal*⁶⁵³.

Tendo em vista tal relação, não como negar que o permissivo consitucional (e legal) autorizou a possibilidade do Supremo Tribunal Federal editar, como já editou, enunciados de súmula vinculante⁶⁵⁴ sobre questões criminais.

Contudo, existem princípios ínsitos à ciência criminal (nela inserindo-se o direito penal e o processo penal) que impedem a indiscriminada aplicação de enunciados de súmula vinculante. São pilares da própria existência do direito criminal⁶⁵⁵, que lhe dão identidade e cientificidade, constituindo verdadeiros vetores de todas as questões desse ramo do direito. Nas palavras de Bettiol, o direito penal não é um puro aglomerado de normas sem uma ideia inspiradora e sem um escopo, sendo um complexo de valorações assente sobre dados e noções claras e precisas⁶⁵⁶.

Em tempos atuais de movimentos de flexibilização e relativização dos princípios clássicos das ciências penais, sob o manto de se adequar a um “direito penal moderno” e a uma suposta “criminalidade contemporânea”, busca-se na presente dissertação o respeito e a observância aos mesmos, não como apego a conceitos iluministas anacrônicos, mas como freios ao poder punitivo estatal, buscando desta forma desabilitar a súmula vinculante como potencial instrumento do mesmo.

⁶⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 74.

⁶⁵² TUCCI, Rogério L. op. cit. p. 196.

⁶⁵³ BINDER, Alberto. op. cit. p. 38.

⁶⁵⁴ Até a presente data, como dito, 6 (seis) enunciados na área criminal foram editados.

⁶⁵⁵ Utiliza-se aqui a expressão Direito Criminal no mesmo sentido que Mestieri o fez, para abarcar não só o direito material ou substantivo (direito penal), como também o processual ou adjetivo (direito processual penal). MESTIERI, João. *Teoria elementar do direito criminal*. tomo I. Rio de Janeiro: Sedegra. 1971. p. 4. Sobre a discussão terminológica acerca das denominações direito penal versus direito criminal, ver BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan. 1990. p. 43/49.

⁶⁵⁶ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal...* p. 152.

4.2.1. Princípio da legalidade

O primeiro óbice à aplicação da “súmula vinculante” no direito criminal (mais especificamente ao direito penal) é, sem sombra de dúvidas, o princípio da legalidade ou da reserva legal. Previsto em linhas gerais no art. 5º, II da Constituição Federal de 1988⁶⁵⁷ e especificamente ao Direito Penal logo no art. 1º do nosso Código Penal⁶⁵⁸, constitui esse princípio regra básica do ordenamento jurídico penal, e representa importante conquista de índole política inscrita nas Constituições de todos os regimes democráticos e liberais.

Seus antecedentes históricos remontam o direito romano, ao tempo das *questiones perpetuae*, na qual estavam os magistrados adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos *crimina publica* (*legitima, ordinaria*), previstos nas *leges Corneliae e Juliae*⁶⁵⁹.

Contudo, segundo Heleno Fragoso, o mais seguro antecedente histórico do princípio da reserva legal, é a Magna Carta, imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, em 1215. Em seu artigo 39, estabelecia ela que nenhum homem livre poderia ser submetido à pena *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*, representando dessa forma uma garantia processual⁶⁶⁰. Surge o princípio no direito moderno como fruto do direito natural e da filosofia política à época do Iluminismo, orientada no sentido de proscrever a insegurança do direito, o arbítrio e a prepotência dos julgadores na administração da justiça criminal. Montesquieu, com a teoria da separação dos poderes, afirma que o juiz não pode, sem usurpação dos poderes que competem ao legislativo, estabelecer crimes e sanções⁶⁶¹.

Afirmava-se, por outro lado, o princípio da obediência do juiz à

⁶⁵⁷ Art. 5º, II da CF: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”

⁶⁵⁸ Art. 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

⁶⁵⁹ Para um seguro estudo acerca dos antecedentes históricos do princípio da legalidade, ver FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. In: *Revista de Direito Penal*, n.º 1, jan-mar/1971, Disponível em: www.fragoso.com.br, acesso em 10.05.2007.

⁶⁶⁰ Idem, *ibidem*.

⁶⁶¹ Idem, *ibidem*.

letra da lei, com a proibição de interpretá-la. As grandes linhas do direito natural, que remontavam ao século XIX, já haviam firmado as bases políticas do princípio, ao estabelecer as relações entre a liberdade e a vínculo de dever imposto ao cidadão pela sociedade civil: deram os cidadãos ao Estado o direito de fixar os seus deveres através da lei. Enquanto a lei não é editada subsistia a liberdade natural⁶⁶².

Expressamente foi o princípio da legalidade introduzido nos *Bill of Rights* e Constituições das colônias inglesas que se libertavam. De acordo com Fragoso, vamos encontrá-lo no *Bill of Rights* firmado em Filadélfia, em 1774. Na declaração de independência, aliás, alegava-se que o rei havia tornado os juízes dependentes exclusivamente de sua vontade. A proibição de leis *ex post facto* aparece na Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e na Constituição de Maryland, do mesmo ano, segundo o qual, “leis com efeito retroativo, punindo fatos praticados antes da existência de tais leis, e somente por elas declarados criminosos, são opressivas, injustas e incompatíveis com a liberdade. Portanto, nenhuma lei *ex post facto* deve ser feita”. O art 1º sect. 9 da Constituição Americana estabelece que no *Bill of attainder or ex post facto law shall be passed*, proibição que se impõe aos estados, na secção 10 do mesmo artigo⁶⁶³.

A Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem (art. XI, 2) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. XXV) o consagram, o mesmo ocorrendo com a Convenção Européia para a proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, de 1950 (art. 7, I, 1), que é direito positivo em numerosos países, constituindo o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege* exigência de segurança jurídica e da liberdade individual⁶⁶⁴.

Retomando a questão da dicotomia da tradição jurídica dos países entre direito romano-germânico e *common law*, Fragoso afirmava que a lei escrita tem sido considerada no direito continental elemento de garantia indispensável, apresentando-se como única fonte de normas incriminadoras. Tal entendimento não poderia vigorar no direito anglo-americano, que reconhece na *common law* fonte de normas penais. Embora alguns autores afirmem que o precedente do *case law*

⁶⁶² FRAGOSO, Heleno. *Observações sobre o princípio da reserva legal...*

⁶⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁶⁴ FRAGOSO, Heleno. *Observações sobre o princípio da reserva legal...*

constitui garantia análoga à que proporciona a codificação (Fragoso cita Jerome Hall em *Principles of Criminal Law*, 1960, 46), não há dúvida de que, nesse sistema, há certa margem de insegurança, especialmente no que tange à cominação das penas⁶⁶⁵.

No direito inglês, continua Fragoso, o poder discricionário do juiz na aplicação da pena é imenso, sendo excluído apenas no caso de homicídio qualificado (*murder*). Em realidade, é possível afirmar com segurança que o princípio *nulla poena sine lege* não existe no direito penal inglês⁶⁶⁶. Todavia, o panorama é diverso nos Estados Unidos, como explicitado no capítulo II da presente dissertação, mais precisamente no item II.3.1.. Referentemente à legislação norte-americana (*statute law*), percebe-se atualmente uma proliferação de leis nos EUA⁶⁶⁷. No tocante à legislação criminal, o *statutory law* passou a prevalecer em lugar do *judge-made law*, principalmente em relação à tipificação de condutas e estabelecimento de penas⁶⁶⁸, chegando ao ponto da doutrina norte-americana definir, como já dito, o *nullum crimen nulla poena, sine lege* como *fundamental principle and basic premise*⁶⁶⁹. No ordenamento jurídico norte-americano, durante o século XIX e o início do XX, diversas condutas foram criminalizadas sem que houvesse nenhum diploma legal tipificando-as, por exemplo a *conspiracy, attempt to commit a crime, solicitation to commit a crime, keeping a house of prostitution etc*⁶⁷⁰. No início da independência americana, a maioria dos estados tinham *common law crimes*, ou seja, delitos tipificados por decisões judiciais. De forma breve, os estados começaram a promulgar leis criminais e no século XIX, muitos deles promulgaram códigos penais, tipificando delitos inexistentes na *common law*. Alguns absorveram os *common law crimes*, outros os aboliram, mas nos anos recentes, a grande maioria dos estados norte-americanos promulgou novos códigos penais, e aboliram quase que totalmente os *common law crimes*⁶⁷¹.

⁶⁶⁵ FRAGOSO, Heleno. *Observações sobre o princípio da reserva legal...*

⁶⁶⁶ Idem, *ibidem*.

⁶⁶⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo...* p. 505.

⁶⁶⁸ LAFAVE, Wayne & SCOTT JR., Austin. *Criminal law...* p. 37.

⁶⁶⁹ LAFAVE, Wayne; SCOTT JR, Austin. *op. cit.*, p. 8.

⁶⁷⁰ Idem, p. 68.

⁶⁷¹ Idem, p. 66. O maior motivo para o desaparecimento dos *common law crimes* foi a atitude dos estados americanos em promulgar códigos penais compreensíveis no lugar da confusa e descoordenada existência de leis esparsas. LAFAVE, Wayne; SCOTT JR, Austin. *op. cit.* p. 74.

No Brasil, acolheram o princípio da legalidade todas as nossas cartas constitucionais, a partir da Constituição de 1824, bem como todos os nossos códigos penais⁶⁷². O princípio da legalidade é hoje universalmente reconhecido em seu sentido básico de *garantia essencial do cidadão em face do poder punitivo do Estado*, determinando com segurança a esfera da ilicitude penal⁶⁷³. Nélson Hungria identificava o sentido político (político-liberal) do princípio da legalidade como um anteparo da liberdade individual em face da expansiva autoridade do Estado⁶⁷⁴.

No que tange aos fundamentos do princípio da legalidade, intrinsecamente ligado aos princípios básicos do direito penal, Fragoso socorre-se das lições de Feuerbach e explica:

“Toda inflição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*). Somente a ameaça de um mal através da lei fundamenta a noção e a possibilidade jurídica da pena. A inflição de pena está condicionada à existência da ação ameaçada (*nulla poena sine crimine*). Através da lei a pena ameaçada se liga ao fato como a pressuposto jurídiconecessário. O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Através da lei o mal liga-se a determinada violação do direito como necessária consequência jurídica. Formulava, assim, FEUERBACH, os princípios básicos do Direito Penal, que em caso algum admitiam exceção. Em nenhum caso pode haver crime ou pena sem prévia ameaça”⁶⁷⁵.

Sob esse aspecto pode se dizer que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito; assume o caráter de verdadeiro princípio necessário para a construção de toda atividade punitiva, que atualmente possa ser qualificada como jurídica e não como puro regime de força⁶⁷⁶. Segundo Nilo

⁶⁷² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Observações...*

⁶⁷³ Idem, *ibidem*.

⁶⁷⁴ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. I. Tomo 1º. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro. 1955. p. 12.

⁶⁷⁵ FRAGOSO, Heleno. *Observações...*

⁶⁷⁶ FRAGOSO, Heleno. *Observações...*

Batista, a significação e alcance políticos desse princípio transcendem o condicionamento histórico que o produziu, constituindo o princípio da legalidade “a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”⁶⁷⁷.

Da compreensão de um dos corolários desse princípio, evidencia-se e aplica-se na presente argumentação o princípio de que não há crime nem pena sem lei escrita (*nullum crimen poena sine lege scripta*). Não é possível admitir a criação de crimes e penas pelo costume ou por qualquer outro meio. Só a lei pode ser fonte de normas incriminadoras⁶⁷⁸.

Nélson Hungria de forma taxativa asseverava que “a fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita”⁶⁷⁹. E continua o mestre de forma contundente:

“A lei penal é, assim, um *sistema fechado*: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser *suprida* pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos “princípios gerais de direito”, ou pelo *costume*. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem *lacunas*. Se estas existem sob o prisma da *política criminal* (ciência pré-jurídica), só uma nova lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo do *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou a previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, *a parte objecti e a parte subjecti*, a uma das figuras anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da *licitude jurídico-penal*”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal*... . p. 65.

⁶⁷⁸ FRAGOSO, Heleno. *Observações*... . Quanto à inadmissibilidade de incriminação por outra fonte normativa que não a lei, Heleno Fragoso já condenava como perigosíssima, p. ex., a faculdade concedida ao Poder Executivo de editar decretos com força de lei em matéria penal, sobretudo quando se tratava de regimes autoritários. FRAGOSO, Heleno. *O novo direito penal tributário e econômico*, In: Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nº 12 (jan-março, 1966), p. 79.

⁶⁷⁹ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*... . p. 11.

⁶⁸⁰ HUNGRIA, Nélson. op. cit. p. 12.

Caso o princípio da legalidade criminal não seja respeitado sustenta Hungria que o *arbitrium judicis* não poderia ser coibido, nos seus requintes e caprichos, a sensibilidade ético-social dos juízes criminais, que “seriam naturalmente levados à hipertrofia funcional, pois este é o destino fatal de todo poder incontrolado ou de imprecisas linhas de fronteira”⁶⁸¹.

Seguindo esse fio condutor de enxergar o princípio da legalidade como uma garantia jurídica exigida pelo Estado de Direito⁶⁸², evidencia-se a impossibilidade de a “súmula vinculante” suprir ou até mesmo exercer a função de “integração vinculante” do sistema da legislação penal e processual penal. Como uma variante do princípio da legalidade criminal, torna-se perigosa e questionável a admissão de “súmulas vinculantes” em sede criminal. Discordando em parte de Nélson Hungria, é inegável que a lei penal não é a única fonte do direito penal ou processual penal⁶⁸³, noção esta advinda de um estrito legalismo iluminístico-positivista atualmente superado⁶⁸⁴ (haja vista a existência da analogia *in bonam partem*, doutrina, jurisprudência, aqui incluindo as “súmulas” persuasivas dos tribunais, os enunciados consolidados pelas turmas recursais dos juizados especiais, por exemplo, e os precedentes dos tribunais de uma forma geral). Contudo, há de se dizer que em matéria criminal, *a lei é a única fonte imediata, vinculante e cogente admitida*.

Evidentemente que não foi reservado ao legislador o condão da impecável justeza da expressão; as fórmulas da lei apresentam, freqüentemente, defeitos de redação, ambigüidades, obscuridades, contradições (reais ou aparentes), equívocos, divergências entre a letra e seu espírito⁶⁸⁵. Porém, as demais fontes (analogia, costume, jurisprudência, súmulas) são tão-somente fontes subsidiárias em sede de direito penal, sendo as mesmas de cunho interpretativo do conteúdo da lei penal e orientadoras na aplicação da mesma. Nesta

⁶⁸¹ HUNGRIA, Nélson. op. cit. p. 14.

⁶⁸² NEVES, Antonio Castanheira. *Digesta...* p. 352.

⁶⁸³ A não ser evidentemente quando se tratar de definição de infrações penais e cominação de penas. MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 57.

⁶⁸⁴ NEVES, A. Castanheira. Op. cit. p. 356. Hassemer diz que o princípio da legalidade é oriundo da expressão da autoconsciência burguesa. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal...* p. 332.

⁶⁸⁵ HUNGRIA, Nélson. op. cit. p. 52.

sede, não há a possibilidade de exceções ou brechas, mesmo que surjam as injustas críticas (por parte de civilistas, p. ex.) acerca de um legalismo extremo ou demasiado apego à lei por parte dos penalistas, o que não é verdade. Zaffaroni e Nilo Batista esclarecem o porquê dessa reestrutividade:

“Enquanto o direito civil provê segurança jurídica tratando de resolver o maior número possível de conflitos, razão pela qual, “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (art. 4º da LICC), a segurança jurídica que toca o direito penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevam taxativamente na criminalização primária. Enquanto o direito civil cumpre melhor sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo—sem lacunas—, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial”⁶⁸⁶.

Reforçando tal noção, os professores continuam de forma clara ao afirmarem que *a Constituição Federal não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo*, inobstante o fato de os usos e costumes servirem para estabelecer os limites da tipicidade penal quando a própria lei, de modo tácito ou explícito, a eles se remete⁶⁸⁷. Salo de Carvalho por sua vez afirma que somente o Estado, via processo legislativo, poderia criar figuras delitivas, selecionando condutas pela sua capacidade de violação dos bens jurídicos; ilegítima a criação de normas criminalizadoras pelo direito costumeiro, jurisprudencial, doutrinário e/ou direito eclesástico, podendo somente o Estado intervir quando da concreta violação de bens jurídicos (individuais)⁶⁸⁸.

Nesse ponto, partilhamos da noção expendida por Vera Regina

⁶⁸⁶ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*... p. 208.

⁶⁸⁷ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*... p. 203.

⁶⁸⁸ CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 82.

Pereira de Andrade ao afirmar que “se a lei penal (escrita, unívoca, irretroativa) é a única fonte imediata do Direito Penal, protegendo bens jurídicos que interessam igualmente a todos os cidadãos e sendo, por isso, intrinsecamente justa, sua aplicação igualitária, no marco da neutralidade judicial, preservaria sua qualidade originária arrastando logicamente à justiça das decisões”⁶⁸⁹.

O que há de se deixar claro é o fato de que a ciência do direito penal, sem renunciar ao seu método próprio, não é dialética servilmente aferrada ao rigor lógico das normas jurídicas⁶⁹⁰. Segundo Hungria, animando-o e vivificando-o, há dentro do direito penal toda uma filosofia do homem e da vida humana; toda uma vasta sucessão de idéias vividas e sedimentadas pela experiência social e que continuam crepitando nos versículos da lei penal⁶⁹¹.

Logo, em matéria de interpretação/cominação de crime ou interpretação/aplicação de penas, admitir a presença de “normas vinculantes” editadas por órgão judiciário (STF), sem qualquer legitimidade democrática como visto, constitui afronta a própria base do Estado Democrático de Direito. Qualquer enunciado da súmula vinculante que porventura for editado e que tenha a pretensão, a partir da escusa de sua função “interpretativa e integradora”, de por exemplo, enunciar “constitui crime de X a conduta Y”, será flagrantemente inadmissível face ao princípio da legalidade criminal e nitidamente inconstitucional frente ao art. 5º, II da Constituição Federal. Essa noção, por constituir a essência do direito penal, deve ser estendida a todas as questões que envolvam matéria penal (sejam aspectos da teoria do delito, das condições de punibilidade, da aplicação de penas, etc...).

Corroborando o entendimento, Mariangêla Gomes afirma:

“(...) não obstante a verificação de que a intervenção judicial desenvolve papel fundamental no estabelecimento do sentido da norma, o legislador não pode delegar ao magistrado a sua tarefa, o que afrontaria todos os subprincípios contidos no princípio constitucional da legalidade dos delitos e das penas. Assim, em primeiro lugar, importa observar que o fato de toda

⁶⁸⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica...* . p. 141.

⁶⁹⁰ HUNGRIA, Nélson. op. cit. p. 95.

⁶⁹¹ HUNGRIA, Nélson. Op. cit. p. 95.

norma ser passível de interpretação não autoriza a elaboração de tipos penais indeterminados, o que, como visto, frontalmente contrastaria com a Constituição”⁶⁹².

Segundo ensina Castanheira Neves, uma incriminação e punição em concreto nunca podem ultrapassar a hipotética previsão da norma legal, e ainda que o exato sentido dessa previsão só possa ser determinado pela interpretação (no caso judicial), tal determinação deve ser obtido no quadro definido pelos limites prescritivos da norma, respeitando esses limites impostos⁶⁹³.

E não somente esse princípio é aplicável apenas ao direito penal, devendo ser estendido ao processo penal⁶⁹⁴. A tradicional doutrina afirma que o princípio da legalidade não atinge o processo penal, contudo a faz segundo a ótica da anterioridade da lei⁶⁹⁵. Por mais criticável que seja essa posição⁶⁹⁶, não nos deteremos desse aspecto, vez que foge ao objeto do trabalho.

Como o princípio da legalidade enquadra o poder punitivo do Estado, constituindo essencial garantia de liberdade e objetiva justiça⁶⁹⁷, sem falar na sua função de proteção dos direitos individuais⁶⁹⁸, perfeitamente compatível com a essência do processo penal. Segundo Bettiol, a proibição de analogia em direito penal, por exemplo, não se refere só à interpretação das normas penais, mas determina as consequências processuais penais de um fato incerto que o juiz deve

⁶⁹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e a interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 62.

⁶⁹³ NEVES, A. Castanheira. *Digesta...* p. 386.

⁶⁹⁴ Sustentamos aqui o princípio da legalidade aplicada ao processo penal no que diz respeito à reserva legal, a lei como fonte vinculante exclusiva do processo penal e não no que diz respeito à promoção processual, no sentido de obrigatoriedade da ação penal como trata Figueiredo Dias. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal...* p. 125/136.

⁶⁹⁵ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1, t. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad. 1959. p. 154/155.

⁶⁹⁶ Sobre as críticas a essa tradicional posição, ver SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 209/214.

⁶⁹⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2003. p. 23/24.

⁶⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade...* p 41.

ter em conta na sua sentença⁶⁹⁹.

Enquanto o axioma de mera legalidade (formal) se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*)⁷⁰⁰.

Como afirma Ferrajoli, o princípio cognitivo de legalidade estrita é uma norma metalegal dirigida ao legislador, a quem prescreve uma técnica específica de qualificação penal idônea a garantir com taxatividade dos pressupostos da pena, a *decidibilidade da verdade* de seus enunciados⁷⁰¹. Num sentido estrito, o princípio da legalidade identifica-se com a reserva absoluta de lei, sendo possível que seu conteúdo formado por pressupostos típicos (de significado preciso e unívoco) sejam empregados como figuras de qualificação em proposições judiciais verdadeiras ou falsas, resultando a sujeição do juiz somente à lei⁷⁰².

Nesta esteira, Hassemer, observando as constantes e necessárias transferências entre direito penal e direito processual penal, enuncia que do mesmo modo que o direito penal “material” elabora e oferece ao processual penal as instruções de busca, este estabelece pressupostos de persecução e julgamento que tem efeitos materiais e decisivos⁷⁰³.

Desta forma, tal princípio implica todas as demais garantias — da materialidade da ação ao juízo contraditório — como outras tantas condições de verificabilidade e de verificação e constitui por isso também o pressuposto da estrita jurisdicionariedade do sistema. A legalidade estrita garante a verificabilidade e a falseabilidade dos tipos penais abstratos, assegurando, mediante garantias penais, a denotação taxativa da ação, do dano e da culpabilidade, que formam seus elementos constitutivos⁷⁰⁴. Enquanto isso, a estrita jurisdicionariedade garante a verificação e a falseabilidade dos tipos penais

⁶⁹⁹ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal...* p. 112.

⁷⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal...* p. 93.

⁷⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 93.

⁷⁰² FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 93.

⁷⁰³ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal...* p. 344.

⁷⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 94.

concretos, assegurando mediante garantias processuais os pressupostos empíricos do ônus da prova a cargo da acusação e do direito de contestação por parte da defesa⁷⁰⁵.

Em conclusão, legalidade estrita e estrita jurisdicionariedade resultam mediadas e conectadas, sendo perfeitamente aplicável o princípio da legalidade ao direito processual penal e tudo o que foi dito anteriormente é perfeitamente adequado ao processo penal, sendo desta forma inaplicável de mesma sorte qualquer enunciado vinculante da súmula do Supremo Tribunal Federal à questões processuais penais.

Isto posto, como reconhecem Zaffaroni e Batista, é necessário extremar os recursos para que a lei formal seja fonte de criminalização primária, não podendo o juiz (no caso da súmula vinculante, o tribunal) complementar seus pressupostos⁷⁰⁶. O que vemos com o advento da súmula vinculante na seara criminal é o deslocamento do eixo da criminalização primária, ou a inserção de uma agência judicial (STF) nesta, o que afeta e viola frontalmente as garantias do cidadão.

4.2.2. Princípio do devido processo penal

Outro óbice à adoção das “súmulas vinculantes” em sede criminal, especificamente à seara processual penal, é o princípio do devido processo penal. Constitui esse princípio uma derivação lógica e necessária do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV da CF), aplicado às particularidades e vicissitudes do direito processual penal. Em verdade, a própria garantia do devido processo legal foi concebida de início como um requisito de validade da jurisdição penal, estendendo-se após à jurisdição civil e como princípio condicionante do processo criminal, a cláusula *due process of law* enfeixava garantias “explícitas” e “implícitas” no sistema de liberdades protegido pela Constituição⁷⁰⁷.

Como já demonstrado anteriormente, o processo penal é inti-

⁷⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 94.

⁷⁰⁶ ZAFFARONI; BATISTA. op. cit. p. 209. Isso sem mencionar nas variadas vezes em que os regimentos internos dos tribunais invadem competência exclusivamente legislativa ao tratarem de matéria processual (penal). Maier afirma que *la ley es la única fuente del Derecho procesal penal*. MAIER, Julio. *Derecho procesal penal*... p. 121.

⁷⁰⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*... p. 29.

mamente ligado às garantias constitucionais. A necessidade de se enxergar o direito processual penal sob a ótica constitucional não é nova. Considerado um dos pioneiros e um dos mais célebres processualistas da área penal, João Mendes já anotava que as garantias e formas contidas no processo penal representavam a tradução dos valores e preceitos constitucionais, ao dizer: “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”⁷⁰⁸.

Com o advento da Constituição de 1988, diversas garantias constitucionais relativas ao processo penal restaram positivadas em seu texto, mais precisamente no artigo 5º. Diante desse cenário, Rogério Lauria Tucci enxerga os regramentos constitucionais do processo penal, que nada mais são do que o firmamento de direitos subjetivos individuais e as correspondentes garantias constitucionais⁷⁰⁹. Ruy Barbosa conceituava as garantias constitucionais como as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo que visam à segurança da pessoa humana, da vida humana e da liberdade humana⁷¹⁰.

Como afirma Binder, em um Estado de direito, o julgamento de uma pessoa, em consequência do qual ela pode perder sua liberdade (em alguns países, pelo resto de sua vida), está regulado por um conjunto de princípios historicamente configurados e que têm como finalidade proteger os cidadãos das arbitrariedades cometidas ao longo da história por esse poder de encarcerar os concidadãos que se reconhece ao Estado⁷¹¹.

A pessoa humana não pode ser privada de sua liberdade, ou de outros bens a esta correlatos, sem o devido processo penal, em que se realize a ação judiciária, atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituações constitucionais e as normas penais (de natureza substancial e instrumental) que as complementam e de sorte a tornar efetiva a atuação da justiça criminal, tanto na inflição e concretização de sanção imposta, como na afirmação

⁷⁰⁸ ALMEIDA Jr., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1959. p. 13.

⁷⁰⁹ TUCCI, Rogério. *Teoria do direito processual penal...* p. 196.

⁷¹⁰ *Apud* TUCCI, Rogério. op. cit. p. 197

⁷¹¹ BINDER, Alberto. *O descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 41.

do *jus libertatis*⁷¹². Sobre essa aparente dúplice função, Adauto Suannes diz que falar no direito do ser humano à liberdade é falar do direito do Estado de limitá-la ou mesmo restringi-la drasticamente, em nome de interesses difusos que se ocultam na vaga expressão “interesse público”⁷¹³.

Desta forma, relativamente ao processo judicial, o devido processo legal se consubstancia numa garantia conferida pela Carta Magna, objetivando a consecução dos direitos fundamentais, mediante a efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus componentes e corolários, e num prazo razoável⁷¹⁴.

Especificamente ao devido processo penal, as garantias constitucionais a ele inerentes, segundo rol bem abrangente cunhado por Tucci, são: a) acesso à justiça criminal (art. 5º, LXXIV, LXXVII da CF); b) inafastabilidade do juiz natural, em matéria penal (art. 5º, XXXVII, XXXVIII e LII da CF); c) tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal (art. 5º, *caput* da CF); d) plenitude da defesa (art. 5º, LV e LVI da CF); e) publicidade dos atos processuais e a motivação dos atos decisórios penais (art. 5º, LX, e art. 93, IX, ambos da CF); f) fixação de prazo razoável de duração do processo penal (art. 5º, LXXVIII da CF); g) legalidade da execução penal (art. 5º, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e LXXV da CF)⁷¹⁵.

Desta forma, antes de sofrer uma imposição de pena, o jurisdicionado tem o direito a um devido processo penal, consistente em um processo prévio, em regra antecedido de procedimento investigatório, e, segundo Tucci devem ser garantidos especificamente: a) a atuação de órgão jurisdicional precedentemente designado pela lei, independente e imparcial (juiz natural); b) estatuição, em lei

⁷¹² TUCCI, Rogério. op. cit. p. 208.

⁷¹³ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 147. Contudo, afirma Suannes que em sua origem, o processo penal, como um sistema de regras de procedimento a serem observadas em face da ocorrência de conduta individual caracterizada como crime, não teve, num primeiro momento, qualquer escopo garantístico. Ainda que na aparência ele pretendesse dar alguma oportunidade ao acusado, há que se convir em que a submissão de alguém a disputas onde a vitória não se desse à demonstração da melhor razão mas aos caprichos divinos, nada mais era do que o meio e modo de buscar-se a “verdade”.

⁷¹⁴ TUCCI, Rogério. op. cit. p. 205.

⁷¹⁵ TUCCI, Rogério. op. cit. p. 218/219.

regularmente elaborada e promulgada, de um procedimento destinado a investigação, instrução e posterior julgamento acerca do fato tido como penalmente relevante; c) o proferimento deste, em prazo razoável, pública e motivadamente; d) a correlação entre a acusação e a sentença de mérito; e) a propiciação de ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, tanto material como tecnicamente (tal garantia se desdobra em três realidades procedimentais: direito à informação, bilateralidade da audiência e direito à prova legitimamente obtida e produzida); f) a possibilitação de reexame dos fatos e de sua qualificação jurídica, versados nos atos decisórios, especialmente nos desfavoráveis ao imputado; g) o não-reconhecimento da culpabilidade do indiciado, ou acusado, senão quando transitada em julgado a sentença condenatória⁷¹⁶.

Como demonstrado no capítulo 3 da presente dissertação, a implementação de “súmulas vinculantes” tende a violar o princípio do devido processo legal, pois pode configurar uma sumarização dos direitos do jurisdicionado, violando a garantia do cidadão a um processo justo e regular, sendo todas as críticas anteriormente expendidas perfeitamente aplicáveis neste ponto. Todo o processo, seja ele penal ou extrapenal, é composto de fases procedimentais que foram esculpidas e encontram previsão legal para evitar, como demonstrado, o arbítrio do poder do Estado. Particularmente no âmbito penal, e do devido processo penal, é elevada tal garantia à “enésima potência”, tendo em vista o bem jurídico tutelado pelo processo penal (a liberdade).

As garantias procedimentais, decorrentes do devido processo penal, são, de acordo com Scarance Fernandes, subdivididas em garantia ao procedimento integral e a garantia ao procedimento tipificado⁷¹⁷. Estabelecidos os procedimentos, a parte tem a garantia de que o juiz irá observá-los integralmente e, ainda, de que levará em conta a coordenação e vinculação estabelecidas entre os atos da cadeia procedimental⁷¹⁸.

Em virtude dessa garantia de observância, não é permitido ao juiz, nem ninguém, suprimir atos ou fases do procedimento, pois

⁷¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal...* p. 208/215.

⁷¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 120.

⁷¹⁸ Idem, p. 121.

quando se suprime fase procedimental, o prejuízo é imanente à falha, violando o devido processo penal⁷¹⁹.

As garantias do devido processo penal não são postas por mero capricho. Ferrajoli com sua clarividência peculiar, justifica-as:

“Se a história das penas é uma história dos horrores, **a história dos julgamentos é uma história de erros; e não só de erros, mas também de sofrimentos e abusos**, todas as vezes em que no processo se fez uso de medidas instrutórias diretamente aflitivas, da tortura até o moderno abuso da prisão preventiva. (...) **A “justiça penal”, na falta de garantias, gera para os cidadãos “perigos talvez maiores que os suscitados pelas paixões dos culpados”**. Por outro lado, o processo, como de resto a pena, justifica-se precisamente enquanto técnica de minimizar a reação social ao delito: minimizar a violência, mas, também, o arbítrio que de outro modo seria produzido de forma ainda mais selvagem e desenfreada. (...) o processo (...) persegue, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É essa segunda preocupação que esta na base e todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas do conflito entre essas duas finalidades, logicamente complementares, mas na prática contrastantes”⁷²⁰.

Essa é a maior preocupação quando se fala em garantias processuais e devido processo penal: evitar “erros” e arbítrios (na verdade, grandes erros judiciais decorreram da condução arbitrária de um processo) no curso do processo penal. Tais garantias são apostas para assegurar um **processo penal justo**, que é cercado de certos cuidados com o fito de preservar a dignidade da pessoa humana alvo da persecução criminal⁷²¹. As formalidades do processo penal serão

⁷¹⁹ Idem, *ibidem*.

⁷²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...* p. 556. Grifos nossos.

⁷²¹ Suannes afirma ser este o fundamento ético do processo penal. SUANNES, Adauto. op. cit. p. 150.

salvaguardas do réu e condições indispensáveis a que um *fair trial* seja alcançado⁷²².

E nesta esteira do devido processo penal, vê-se o principal instrumento constitucional desenvolvido para assegurar a observância de todas as outras garantias constitucionais tende a ser atacado também pela súmula, no caso, ainda não vinculante. É o caso de um dos maiores absurdos em termos de restrição de garantias processuais constitucionais dos últimos tempos: o enunciado n° 691 da Súmula Predominante do Supremo Tribunal Federal. Tal enunciado constitui, por enquanto, súmula persuasiva mas somente em termos conceituais, pois na prática é seguida com força de dogma no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em relação aos tribunais locais, e pelas próprias turmas do Supremo Tribunal Federal.

Com o nítido propósito de reduzir o número de demandas em suas prateleiras, o STF editou o malfadado verbete no qual há a previsão de que “*não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*”. Tal medida configura uma teratológica manietação da garantia constitucional do *habeas corpus*, que configura-se como instrumento hábil diante de qualquer situação de ilegalidade ou abuso de poder.

Alberto Torón, em contundente artigo afirma que inobstante o *habeas corpus* não contemplar a possibilidade de concessão de liminar por inexistir previsão legal nesse sentido, os advogados passaram a manejar este remédio constitucional reclamando quase que invariavelmente a adoção da providência *initio litis*⁷²³. Sustenta de mesma forma que a grande maioria dos tribunais demoram para julgar o mérito do *writ* causando enorme e evidente prejuízo ao paciente/jurisdicionado.

Com a escusa de uma eventual supressão de instância tal verbete fora editado de acordo com as razões de um dos seus precedentes formadores que afirmavam que “a admitir-se essa sucessividade de *habeas corpus*, sem que o anterior tenha sido julgado definitivamente

⁷²² Idem, p. 157.

⁷²³ TORÓN, Alberto Zacharias. *A súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e o amesquinamento da garantia do habeas corpus*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.151, p. 11-12, jun. 2005.

para a concessão de liminar *per saltum*, ter-se-ão de admitir consequências que ferem princípios processuais fundamentais, como o da hierarquia dos graus de jurisdição e o da competência deles”⁷²⁴.

Segundo Toron, o primeiro equívoco do precedente em exame está em generalizar algo que nem sempre ocorre, isto é, “que o pedido liminar tem sempre o mesmo objeto da impetração”⁷²⁵. Tal consideração, continua Toron, ignora algo rotineiro no meio forense criminal: a impetração, por exemplo, dirigida ao trancamento da ação penal e o pedido liminar voltado unicamente à suspensão do andamento da ação penal⁷²⁶. Neste caso é perfeitamente possível que, impetrado *habeas* perante o STJ contra o indeferimento da liminar pelo desembargador do Tribunal de Justiça, o ministro venha deferi-la por entender presente o *periculum in mora* e não divisar prejuízo para o processo no sobrestamento momentâneo do ato judicial. Nessa situação, a despeito da liminar concedida pelo órgão da jurisdição superior, nada obsta que o Tribunal de Justiça, com outro espectro cognitivo, já de posse das informações prestadas pela autoridade coatora e do parecer do Ministério Público, venha a indeferir a ordem⁷²⁷.

A concessão da liminar pelo grau de jurisdição superior não obsta a eventual denegação da ordem pelo tribunal local ou regional, pois a amplitude e a profundidade cognitiva do tribunal quando do julgamento definitivo do *habeas corpus* são distintos. Pela mesma razão a denegação da ordem pelo tribunal local não implica em qualquer subversão hierárquica. Contudo, há a possibilidade de o pedido liminar coincidir com o de mérito, sendo exemplo clássico do remédio heróico impetrado em favor de paciente preso, no qual o pedido liminar e o de mérito são idênticos, ou no jargão dos tribunais “a pretensão liminar se confunde com o mérito” ou a “liminar de cunho satisfativo”. De qualquer forma, não há a configuração de supressão de instância pelo simples fato de que uma coisa é a apreciação do pedido liminar e outra, como é cediço, o julgamento pelo colegiado do mérito do *writ* devidamente instruído. Em ambos os casos, julgada

⁷²⁴ STF, HC nº 76.347-1/MS, 1ª Turma, rel. Moreira Alves. DJ 8/5/98.

⁷²⁵ TORON, Alberto Zacharias. *A súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e o amesquinhamento da garantia do habeas corpus...*p. 11.

⁷²⁶ Idem, *ibidem*.

⁷²⁷ Idem, *ibidem*.

e denegada a impetração pelo tribunal local ou regional, o de grau superior deverá julgar prejudicado o *writ* que recebera, pois agora a coação porventura existente decorrerá da denegação da ordem e não mais do indeferimento da liminar. O raciocínio não muda se, por exemplo, o Tribunal Superior chegar até mesmo a conceder a ordem ratificando a liminar. É que a decisão colegiada está cingida aos termos de uma cognição provisória e mais limitada jungida à questão da liminar⁷²⁸.

Há uma tendência, minoritária é verdade, que vem glosando o cabimento e aplicação desse verbete, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que considera exceção à súmula a existência de “flagrante constrangimento ilegal”. Veja-se a propósito as decisões do ministro Cezar Peluso que, a despeito da Súmula em comento, concedeu liminar por entender inaceitável a decisão originariamente atacada (HC nº 85.185-1/SP, DJ 9/12/04). Na oportunidade o ministro lembrou o precedente do AgRg no HC nº 84.014, do qual foi relator o ministro Marco Aurélio, o qual tem o seguinte teor: “A Súmula do Supremo Tribunal Federal revela, como regra, o não-cabimento do habeas contra ato de relator que, em idêntica medida, haja implicado o indeferimento de liminar. A exceção corre à conta de flagrante constrangimento ilegal que, uma vez não verificado, impede a sequência do habeas corpus”⁷²⁹. Tal entendimento, embora minoritário e garantista, colide frontalmente com o próprio escopo da súmula: como bem observado pelo ex-ministro Sepúlveda Pertence em seu voto nesse julgado (HC nº 85.185-1/SP), relembando as lições de Victor Nunes Leal, descritas em capítulos anterior, ao afirmar que “quando se discute se determinada súmula merece interpretação ampliativa ou restritiva, ela já não cumpre o seu papel, que é o de encerrar discussões que o Tribunal tem por ociosas à vista dos precedentes e na extensão deles extraída”.

Diante desse cenário aterrador, partilhamos da conclusão de Toron:

“O melhor, nesse delicado tema, é permitir que o relator, **caso a caso**, avalie a necessidade da concessão da liminar. A Súmula 691 nessa matéria, ao impedir indistintamente o

⁷²⁸ TORON, Alberto. op. cit. p. 12.

⁷²⁹ Idem, ibidem.

exame dos casos na sua singularidade, jogando-os, todos, numa vala comum, sem a verificação da urgência e pertinência do pedido liminar, presta um grande desserviço à causa da justiça: amesquinha a grandeza da garantia constitucional do *habeas corpus* e, de outro lado, diminui a importância da própria autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, que fica privado de fazer valer a sua orientação por meio do único remédio que o cidadão comum tem a esperança de ver respeitadas as garantias inscritas na Constituição”⁷³⁰.

Caso essa “súmula” se torne vinculante, inegável a afronta ao devido processo penal, por restrição ao instituto do *habeas corpus* que, nas palavras de Pontes de Miranda é o “remédio jurídico processual mais eficiente, em todos os tempos”⁷³¹.

Retornando, inobstante o fato de a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal violar o devido processo penal como um todo, algumas dessas garantias dele decorrentes são específica e pontualmente afrontadas. As garantias da ampla defesa e contraditório já foram analisadas no capítulo 3, devendo todas as observações ali expendidas serem integralmente aproveitadas neste tópico. Contudo, outras de igual importância devem ser analisadas no presente capítulo.

Uma delas é o princípio do duplo grau de jurisdição penal, ou levando em conta seu fundamento político⁷³², princípio do controle do processo penal. Tal garantia, que a nosso ver é um desdobramento claro do devido processo penal e que é diretamente afetado pelo instituto da súmula vinculante, não encontra previsão no texto constitucional atual, apesar de ter constado na Constituição do Im-

⁷³⁰ TORON, Alberto. op. cit. p.12.

⁷³¹ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do 'habeas corpus'*. Campinas: Bookseller. 2001. p. 35. Sobre restrição ao manejo do *habeas corpus*, cabe registrar ainda que o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, PLS 156/2009, visa acabar com esta função de *collateral attack* do *habeas corpus*, limitando seu cabimento tão-somente às hipóteses de prisão, constituindo um inegável retrocesso. Para críticas, ver o parecer produzido pela Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2377.pdf>. Acesso em 27.04.2010.

⁷³² GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.p. 24.

pério de 1824 (art. 158)⁷³³. Porém, apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, trata-se de regra imanente na Constituição Federal de 1988, podendo ser considerado como um princípio constitucional autônomo implícito, decorrente da própria Carta Magna, que estrutura os órgãos da chama “jurisdição superior”⁷³⁴. Seja como for, o princípio do duplo grau integra o direito positivo brasileiro, em nível supralegal, mediante a norma do art. 8º, 2, h, do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Entende-se por princípio de controle do processo penal a possibilidade que um juiz hierarquicamente superior ao que proferiu a sentença (ou a decisão), tem de fiscalizar a correspondência ou não da decisão impugnada com a “vontade da lei”⁷³⁵. Tal falta de correspondência tanto pode resultar de um erro na investigação ou constatação do fato, como de uma inadequada valoração jurídica, por erro na interpretação da norma, podendo o controle recair sobre a questão de fato (controle de mérito) ou de direito (correspondência da decisão com a “vontade da lei”)⁷³⁶.

Segundo Bettiol, num regime político aberto, sempre será admitido a possibilidade de um segundo juiz reexaminar a decisão de um juiz hierarquicamente inferior⁷³⁷. Nenhum ato estatal pode escapar de controle. E este controle realiza-se mediante a interposição de um meio de impugnação por parte do sujeito da relação jurídica processual sucumbente, que buscará a reforma da decisão revendo a injustiça concreta desta diante do conjunto fático-probatório individualizado.

A revisão das decisões judiciais, que configuram ato autoritativo estatal de observância obrigatória para as partes e com eficácia natural em relação a terceiros, é postulado do Estado de Direito⁷³⁸. Nas palavras de Alexandre Wunderlich, diante de um Estado Constitucional Democrático de Direito, as espécies impugnativas (instrumentos decorrentes e veículo para o princípio do duplo grau) devem ser entendidas não como empecilhos à efetividade exigida

⁷³³ GRINOVER, Ada *et alli*. Op. cit. p. 25.

⁷³⁴ Idem, *ibidem*.

⁷³⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...* p. 302.

⁷³⁶ Idem, *ibidem*.

⁷³⁷ BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 302.

⁷³⁸ GRINOVER, Ada. Op. cit. p. 24.

pela sociedade contemporânea (expectativa de processo veloz, ágil e com decisão rápida e “justa”), mas como vias judiciais capazes de permitir o exercício pleno da cidadania e da manutenção das liberdades públicas com o necessário controle da coletividade, por meio da instrumentalidade do processo penal⁷³⁹.

Diante disso, o princípio do duplo grau deve ser incluído entre as garantias do processo penal justo, seja como instrumento que propicia um grau mais elevado de correção dos pronunciamentos jurisdicionais, seja como meio de proteção do indivíduo submetido à perseguição, tratando-se de um desdobramento do direito à ampla defesa⁷⁴⁰.

Tal reconhecimento implica em conferir sempre à defesa pelo menos uma oportunidade de reexame das decisões desfavoráveis (em instância ordinária) que possam afetar os direitos fundamentais do acusado, sejam questões de direito, sejam principalmente as de fato, pois é justamente na apreciação errônea ou deficiente dos fatos que se encontram as mais sérias violações dos direitos do acusado⁷⁴¹.

Nesta esteira, não se pode conceber uma sentença condenatória, que restringe a liberdade humana, estar escorada sinteticamente em súmula vinculante, e, de acordo com a sistemática da Emenda Constitucional nº 45/2004 e da Lei nº 11.417/2006, não podendo ser reformada por qualquer tribunal. De mesma sorte, repudia-se que uma eventual sentença absolutória, baseada em entendimento judicial amparado no conjunto fático-probatório e analisando as questões de direito específicas ao caso concreto, mas, porém esteja em dissonância ao esposado em súmula vinculante, seja violentamente reformada por meio de reclamação oposta diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.

No que tange a primeira crítica, há uma interligação umbilical com a garantia da motivação das decisões penais (que como demonstrado no capítulo 3, também é violada pela súmula vinculante), vez que será a superior instância a fiscalizadora de tal garantia. Bettiol

⁷³⁹ WÜNDERLICH, Alexandre. *Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão*. In: WÜNDERLICH, Alexandre (org.) *Escritos em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. p. 26.

⁷⁴⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais...* p. 47.

⁷⁴¹ Idem, p. 48.

com propriedade afirma que a sentença do magistrado não pode ser um despacho ou uma ordem administrativa suscetível de surgir desprovida de um apoio lógico⁷⁴². Explicita o mestre italiano que a sentença deve ser resultante de uma delicada cadeia de operações lógicas que o juiz deve tornar extrínsecas por via escrita, para que o raciocínio por ele seguido possa ser controlado quanto ao seu rigor; a motivação em matéria de fato exige que o juiz, reportando-se à provas colhidas e valoradas, expresse as razões que o levam a considerar como real ou não determinado fato nos seus elementos objetivos e subjetivos, essenciais ou acidentais, constitutivos ou impeditivos⁷⁴³.

No mesmo giro, a motivação em matéria de direito exige que o juiz expresse as razões que assistiram a determinada opção normativa e interpretativa; só assim o acusado/réu/jurisdicionado irá conhecer e apreciar o processo mental do magistrado na opção e valoração de qualquer momento relevante para a decisão⁷⁴⁴. Rogério Tucci assevera que é mediante a motivação que o magistrado pronunciante de ato decisório mostra como aprendeu os fatos e interpretou a lei que sobre ele incide, propiciando, com a indispensáveis clareza, lógica e precisão, a perfeita compreensão da abordagem de todos os pontos questionados⁷⁴⁵.

Ao se aceitar a súmula vinculante no processo penal como fundamento suficiente para uma sentença condenatória, está a se permitir algo similar a uma **motivação genérica** rechaçada por Bettiol, que nada mais é que a motivação apodítica, axiomática, decisória, ou seja, todas as vezes que o magistrado renuncia (nesse caso, compulsoriamente) a examinar analiticamente os resultados da discussão e das provas, para se limitar a exprimir um juízo de caráter assertório e global, não procedendo à devida análise de cada elemento, momento, circunstância ou pedido emergentes no decurso do processo⁷⁴⁶. Motivação genérica equivale a verdadeira falta de motivação⁷⁴⁷.

⁷⁴² BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e processo penal...* p. 304.

⁷⁴³ Idem, p. 305.

⁷⁴⁴ Idem, ibidem.

⁷⁴⁵ TUCCI, Rogério. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2004. p. 227.

⁷⁴⁶ BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 306.

⁷⁴⁷ BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 307.

Constitui verdadeiro absurdo uma eventual sentença condenatória poder teoricamente com o advento da EC nº 45/2004, adotar como razões de decidir algumas parcas linhas de enunciado de súmula vinculante como fundamento de uma sentença condenatória⁷⁴⁸. Mesmo sendo uma importação acrítica de instituto similar da *common law*, ou seja, do *stare decisis* e do *binding precedent*, cabe registrar que nem nesse sistema é permitido tal absurdo. Como demonstrado no capítulo 2, o que vincula uma futura decisão a um precedente é o resultado de uma interpretação na qual o tribunal determina se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável ou não (através do *distinguishing*), analisando a *ratio decidendi* do precedente (as razões a que levaram a corte a decidir daquela forma), e em seguida, decidindo em que extensão o princípio será aplicado⁷⁴⁹, hipótese que não se verifica em nossa “súmula vinculante”⁷⁵⁰.

Outro consectário do devido processo penal é frontalmente atingido pela súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, qual seja, princípio da duração razoável do processo penal. Tal garantia é de recente positivação em nosso ordenamento constitucional, sendo veiculada pela mesma Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe o advento da reforma do judiciário, encontrando-se prevista como direito fundamental no art. 5º, LXXVIII da CF.

Aury Lopes Jr., apresentando um dos estudos pioneiros no Brasil

⁷⁴⁸ A crítica aqui tratada se estende ao art. 82, §5º da Lei nº 9.099/95, que assim prevê: art. 82: “Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de 3 (três) juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado”. (...)§5º: “se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

⁷⁴⁹ RE, Edward. *Stare decisis*... p. 39.

⁷⁵⁰ Mariângela Gomes sustenta que para que se compreenda e adequadamente seja aplicado o preceito sumulado, imprescindível o conhecimento, pelo menos, dos acórdãos que deram origem à edição da súmula. GOMES, Mariângela. *Direito penal*.... p. 121/122. Discordamos da professora nesse ponto por dois motivos. Em primeiro lugar, é que a própria premissa cunhada por Victor Nunes Leal diz que se a “súmula” for omissa ou confusa, passível de várias interpretações, ela falhará como método e finalidade, devendo ser modificada ou anulada. Em segundo lugar, tal necessidade de se analisar os acórdãos – que não se encontra nem na EC nº 45/2004, nem na Lei nº 11.417/2006 – choca-se com a própria essência do sistema romano-germânico (que, como visto, não dota de vinculação normativa precedentes judiciais), tendendo desta forma a se adotar paulatinamente mecanismos da *common law*, abrindo-se a porta para que, futuramente, os próprios acórdãos do Supremo Tribunal Federal sejam vinculantes (*stare decisis* ou *binding precedent*), desfigurando pouco a pouco a feição do ordenamento jurídico nacional.

sobre o tempo e o processo penal (sob o viés garantista), afirma que para atender os desejos de “contenção” da violência urbana, impunidade, geralmente veiculados pelas agências midiáticas, os juízes penais são pressionados para decidirem processos de forma rápida e os legisladores para elaborarem leis que acelerem o processo penal⁷⁵¹. Contudo, não se pode sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, de vital importância na esfera penal, nem tampouco acelerar a ponto de atropelar os direitos e garantias do acusado, pois, em última análise, o processo nasce justamente para demorar (racionalmente), como garantia contra julgamentos imediatos e precipitados⁷⁵².

Por outro lado, se faz necessário um processo sem dilações indevidas. Tucci enuncia ser de todo inaceitável a delonga na finalização do processo de conhecimento, pois o imputado tem o direito ao pronto solucionamento do conflito de interesses⁷⁵³. O processo penal, como restrição ao estado de dignidade do réu, deve ser cifrado no tempo em homenagem ao princípio da dignidade humana⁷⁵⁴. Deve haver equilíbrio entre os dois extremos: de um lado, o processo demasiadamente expedito, em que se atropelam os direitos e garantias fundamentais, e, de outro, aquele que se arrasta, equiparando-se à negação da tutela jurisdicional, agravando todo o conjunto de penas processuais ínsitas ao processo penal⁷⁵⁵.

De qualquer forma, o processo tem o seu tempo, o *timing* como exposto no capítulo 3, pois deve dar a oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, *deve ter tempo para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga*; nesse aspecto, é evidente que a aceleração deva recair sobre a tecnologia na administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias individuais⁷⁵⁶.

Os enunciados de súmula vinculante carregam em si um po-

⁷⁵¹ LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal*.... p. 28.

⁷⁵² Idem, *ibidem*.

⁷⁵³ TUCCI, Rogério. *Direitos e garantias individuais*... p. 252/253.

⁷⁵⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 226.

⁷⁵⁵ LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica*... p. 94.

⁷⁵⁶ Idem, p. 29. Grifos nossos.

tencial de aniquilar esse tempo de maturação e a oportunização do debate, vez que foram implementados justamente respondendo anseio dos que clamam pela velocidade, pela resposta rápida, pela celeridade da “justiça”. A mera possibilidade de se suprimir as fases recursais ordinárias, que precisamente tem a função de imprimir uma maior reflexão e debate às questões trazidas, configura grave ofensa ao princípio da duração razoável do processo penal.

A urgência em matéria processual penal é um grave atentado contra a liberdade individual, levando a uma erosão da ordem constitucional e ao rompimento de uma regra básica: o processo nasceu para retardar, para demorar (dentro do razoável), para que todos possam expressar seus pontos de vista e demonstrar suas versões e permitir uma racional cognição⁷⁵⁷. Se há um processo que tem que “demorar” é o processo penal, posto que em jogo as garantias individuais do cidadão.

4.2.3. Princípio da personalidade penal: intrascendência e individualização da pena

Outro princípio do direito criminal, relativo ao direito penal, que configura mais um óbice à aceitação da existência de enunciados de súmula vinculante na seara penal, é o princípio da personalidade penal e seus corolários, quais sejam, os princípios da intrascendência e da individualização da pena.

Considerados todos por sua vez como desdobramentos do princípio da culpabilidade (que nesse ponto deve ser entendido como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva, impondo a subjetividade da responsabilidade penal)⁷⁵⁸, tais princípios podem ser considerados como vetores de uma política constitucional de contenção e redução do poder punitivo estatal, ou, nas palavras de Tucci, como postulados limitativos do *jus puniendi* do Estado⁷⁵⁹.

Por intrascendência compreende-se que no Estado de Direito a responsabilidade penal deve ser individual, mais que isso, deve ser

⁷⁵⁷ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal...* p. 31.

⁷⁵⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal...* p. 103.

⁷⁵⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais...* p. 303.

individualizada, não podendo transcender a pessoa do “delinquente”, sendo tal garantia positivada em nosso ordenamento constitucional como uma garantia constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado” (art. 5º, XLV da CF)⁷⁶⁰. De acordo com Nilo Batista, a intranscendência impede que a pena ultrapasse a pessoa do autor do crime, sendo a responsabilidade sempre pessoal não havendo responsabilidade coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva⁷⁶¹.

É princípio pacífico do direito penal das nações civilizadas que a pena pode atingir apenas o sentenciado⁷⁶². Ao contrário do ocorrido no direito pré-beccariano, a pena não pode se estender a pessoas estranhas ao delito, ainda que vinculadas ao condenado por laços de parentesco ou quaisquer outros⁷⁶³.

No que tange à individualização da pena⁷⁶⁴, prevista no texto constitucional no art. 5º, XLVI, remete-se aqui especificamente à individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina⁷⁶⁵. Este subprincípio trata da regulamentação da adaptação da pena ao condenado, consideradas as características da infração praticada e da sua própria

⁷⁶⁰ Por outro lado, o Estado de Polícia estende a responsabilidade a todos que cercam o infrator. A transcendência do poder punitivo na direção de terceiros é, de fato, inevitável, sendo a estigmatização e a queda de rendimentos elementos que alcançam a família do acusado ou do preso. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 232.

⁷⁶¹ Nada pode evocar hoje a infâmia do réu que se transmita a seus sucessores. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica...* p. 104.

⁷⁶² LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais...* p. 51.

⁷⁶³ Idem, *ibidem*.

⁷⁶⁴ Não se está aqui de forma alguma a defender um Direito Penal do autor, de uma “pena adequada a conter a personalidade delitiva” do sujeito, característica ínsita de um direito penal do inimigo que enfoca sua criminalização na identificação de um determinado sujeito (ou grupo de sujeitos), mais que na definição de um fato. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 81. De outra maneira, também não se pretende proceder ao que Vera Regina Pereira de Andrade criticou como a ultrapassagem feita pelos juízes do “universo do Direito Penal do fato e fazer da sentença muito mais do que um julgamento de culpa do autor pelo seu ato (responsável em função de certos critérios da vontade livre e consciente) para buscar na biografia do autor, um juízo de (a)normalidade e uma prescrição técnica para uma normalização possível”. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica...* p. 275. Analisa-se o princípio da individualização da pena justamente como um limitador da potencial expansão generalizada do poder punitivo através das “súmulas vinculantes”.

⁷⁶⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica...* p. 104/105.

“personalidade” e especificidades subjetivas⁷⁶⁶. Remete-se neste ponto ao art. 59 do Código Penal, sendo a culpabilidade entendida, segundo Miguel Reale Jr., em termos de “culpabilidade normativa”, ou seja, importando tanto no exame de reprovabilidade do ato como na do seu autor⁷⁶⁷.

É inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial de aplicação de pena ao réu, tem como base fundamental a culpabilidade; é esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e sua qualificação⁷⁶⁸. O princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito, porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa⁷⁶⁹. No aspecto constitucional deste princípio, evidencia-se como um de seus fundamentos à dignidade da pessoa humana, colocando como centro do nosso direito penal o homem, visto como um ser livre e capaz de autodeterminar-se⁷⁷⁰⁻⁷⁷¹. A culpa, como afirma Figueiredo Dias, não é fundamento de pena, mas constitui o seu “limite inultrapassável” de todas e quaisquer considerações ou exigências preventivas (sejam de pre-

⁷⁶⁶ TUCCI, Rogério. *Direitos e garantias individuais*... p. 305. Ressalte-se aqui mais uma vez que não se está a defender um direito penal do autor.

⁷⁶⁷ REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 84.

⁷⁶⁸ LUISI, Luiz. op. cit. p. 37.

⁷⁶⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI. E.R., *Direito penal brasileiro*...p. 245.

⁷⁷⁰ LUISI. Luiz. op. cit. p. 38. Evidentemente que tal noção se verifica somente no aspecto constitucional-teórico, de origem liberal, pois em verdade, de acordo com um análise criminológica sob um viés crítico, essa consideração da “autodeterminação” do sujeito delinqüente (e seus pseudo-motivos para o cometimento de crimes), é substituída pelo enfoque no cerne do verdadeiro problema: a visualização das razões e motivos da criminalização de certas condutas de determinados sujeitos selecionados pelas agências do sistema penal. Em relação à culpabilidade, Baratta afirma não ser possível que a mesma, a qual não se pode medir objetivamente o grau no processo, possa ser um limite da responsabilidade penal e cumprir uma função do processado com relação a formas subjetivas, intuitivas e presuntivas de determinação dela. Hulsman observa que a culpabilidade é uma noção grave e complexa que ninguém domina e com a qual o sistema penal joga perigosamente. *Apud* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de segurança jurídica*... p. 273.

⁷⁷¹ Registre-se aqui a opinião de Baratta que afirma que do ponto de vista da teoria das subculturas, não só há a negação de toda a teoria normativa e ética da culpabilidade, como também uma negação do próprio princípio de culpabilidade, ou responsabilidade ética individual, como base do sistema penal. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. trad. por Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC. 2002. p. 76.

venção geral positiva de integração, ou antes, negativa de segurança ou de neutralização)⁷⁷². A função da culpa, prossegue o professor português, inscrita na vertente liberal do Estado de Direito, é a de estabelecer o máximo de pena ainda compatível com as exigências de preservação da dignidade da pessoa e de garantia do livre desenvolvimento da sua personalidade nos quadros próprios de um Estado de Direito democrático, constituindo uma barreira intransponível ao intervencionismo punitivo estatal e um veto incondicional aos apetites abusivos que ele possa suscitar⁷⁷³.

E nessa difícil relação de compatibilizar a pena e dignidade humana é que se encontra o princípio da individualização. O juiz obedecendo as regras estabelecidas na legislação penal, deve fixar a pena definitiva e concreta observando caso a caso, considerando as suas peculiaridades; a individualização judiciária, embora as regras que a devem orientar estejam na lei, permite ao juiz uma indiscutível discricionariedade (juridicamente vinculada aos balizamentos legais, é verdade)⁷⁷⁴. Roberto Lyra já ensinava que nas mãos dos juízes, o texto da lei deixa de ser arbitrário, humanizando-se, sensibilizando-se, adaptando-se à vida e à personalidade de cada homem (evidentemente, sob a perspectiva de um *dever ser*)⁷⁷⁵. Exalta ainda o imortal autor:

“Com a liberdade dos juízes responsáveis, não somente em atenção a circunstâncias convencionalmente enumeradas, e sim à realidade integral de cada homem e de cada fato, dentro do meio, obtém-se o máximo de equidade, um defesa social coincidente, justaposta. A função judicial rompe as grades do automatismo obscuro e rotineiro que, antes dos réus, prendiam a consciência de seus julgadores. Destrói-se a velha máquina de fabricar justiça, através da igualdade iníqua de um tratamento de superfície, de aparência, de quantidade”⁷⁷⁶.

⁷⁷² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2001. p. 109.

⁷⁷³ Idem, ibidem.

⁷⁷⁴ LUISI, Luiz. op. cit. p. 53.

⁷⁷⁵ LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1955. p. 176.

⁷⁷⁶ Idem, p. 177.

Não se pode negar entretanto que há um subjetivismo criminológico na atividade da individualização judiciária da pena⁷⁷⁷, na qual também se manifestam os mecanismos de seleção, ao longo da multiplicidade de decisões que incubem aos juízes e aos tribunais, seja na fixação dos fatos, na sua valoração e qualificação jurídico-penal, individualização, escolha e quantificação da pena⁷⁷⁸.

Contudo, há de se ler o princípio da individualização da pena sob um viés garantista, como uma barreira, um verdadeiro anteparo ao abuso do poder punitivo estatal, poder este que pode vir a se tornar potencializado com a vinculação das decisões dos magistrados ao enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal.

No presente tópico, aplicam-se as mesmas noções expendidas no capítulo 1 da presente dissertação sobre equidade, isonomia e justiça. Como afirmado naquele ponto, nossa ordem constitucional positivou a noção de tratamento igualitário e isonômico para todos os cidadãos perante a lei, conforme preceitua o artigo 5º da Constituição Federal⁷⁷⁹. Todavia, o princípio da igualdade perante a lei não significa dizer que todos os cidadãos sejam iguais, pois toda a igualdade sempre é uma igualdade *secundum quid* (segundo algo)⁷⁸⁰. A justiça ordena tratar os iguais como iguais, aos desiguais de modo diferente, segundo a sua medida de desigualdade⁷⁸¹. Kelsen já dizia que a máxima “todos os homens devem ser tratados por igual” pressupõe a desigualdade entre os homens; os homens apenas podem ser considerados como iguais na medida em que as desigualdades que de fato entre eles existem não são tomadas em consideração⁷⁸².

Logo, a escusa de se buscar a justiça — atributo pertencente pertence ao domínio da moral⁷⁸³ — com a padronização de decisões judiciais (precedentes ou súmulas) não se sustenta quando da análise da própria noção de justiça que, como brevemente demonstrado, não

⁷⁷⁷ LUISI, Luiz. op cit. p. 56.

⁷⁷⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica...* p. 272.

⁷⁷⁹ Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”.

⁷⁸⁰ BOBBIO, Norberto. *Norberto Bobbio (...)*. p. 210.

⁷⁸¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia...* p. 77.

⁷⁸² KELSEN, Hans. op. cit. p. 51.

⁷⁸³ KELSEN, Hans. *O problema da justiça...* p. 3.

chega sequer a um consenso entre os filósofos, evidenciando ainda que a equidade almejada de mesma sorte, não se afigura como conceito estanque, possuindo diversas nuances, características e variantes complexas como os seres humanos. Por essa razão que se deve analisar caso a caso as questões levadas ao Judiciário, mormente as questões processuais penais, pois cada caso é único (a desigualdade de tratamento corresponde a uma desigualdade de situação reconhecida)⁷⁸⁴. Kelsen afirma que se deve tratar cada caso concreto de acordo com as suas particularidades; somente se cada caso particular fosse tratado conforme as suas particularidades é que o seu tratamento seria justo⁷⁸⁵.

Tais afirmações aplicam-se com muito mais propriedade no terreno do direito penal. Torna-se inconcebível que um enunciado do Supremo Tribunal Federal, calcado em dois, três ou mais precedentes em matéria penal, possa vincular toda e qualquer futura causa criminal que apresente mera similitude fática e/ou de direito, causa esta em que se encontra pessoa acusada diversa daquela do precedente, sob pena de violação aos princípios da intrascendência e da individualização da pena. Não há como se permitir em um Estado de Direito, tendo como pedra angular o princípio da dignidade humana, que sejam proferidas sentenças condenatórias criminais baseadas em “súmulas vinculantes” oriundas de decisões proferidas em âmbito de um tribunal, cunhadas por sua vez pela valoração e interpretação de elementos estranhos e distintos constantes em outros processos.

Diante de questões criminais, mormente quando se trate de uma sentença condenatória, há de ser feita uma análise particularizada pelo juiz de todas as circunstâncias e idiossincrasias que envolvem a demanda, sendo imperativo um debruçamento profundo sobre todo o material fático-probatório da ação penal, justamente com o intuito de individualizar uma eventual apenação, advinda de uma aferição de culpa. Em outras palavras, uma sentença condenatória só se legitima quando atende o princípio da individualização da pena, posto que deve ser apoiada nessa análise detida dos elementos dos autos. Resumindo, como assevera Alberto Silva Franco, o princípio da individualização da pena garante uma pena particularizada, pessoal, distinta e portanto, inextensível a outro cidadão em situação fática

⁷⁸⁴ BOBBIO, Norberto. *Norberto*....p. 210.

⁷⁸⁵ KELSEN, Hans. op. cit. p. 52.

igual ou assemelhada⁷⁸⁶, seja por enunciado de súmula vinculante ou qualquer outro instrumento. Cabe observar que o próprio Supremo Tribunal Federal recentemente reconheceu a inegável função do princípio da individualização da pena ao declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, no *leading case* acerca da proibição de progressão de regime em se tratando de crimes hediondos⁷⁸⁷, materializando ainda o verbete de Súmula Vinculante nº 26: “*Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, 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 de exame criminológico*”.

4.3. Aspectos criminológicos: súmula vinculante como habilitador do poder punitivo

Não pode o jurista encerrar-se no estudo de um mundo normativo ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam⁷⁸⁸. Como já escrito por Nilo Batista e Zaffaroni, todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submete à sua coação como fim de impor-lhes uma pena⁷⁸⁹. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal⁷⁹⁰.

O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas identificadas pelos professores sendo denominadas primária e secundária. Criminalização primária é o ato e efeito de sancionar

⁷⁸⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: RT. 2000. p.163.

⁷⁸⁷ BRASIL. STF, HC nº 82.959-7/SP. Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio. DJU 01.09.2006. Ressalte-se que esta orientação motivou a promulgação da lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que reformou a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), justamente suprimindo a impossibilidade de progressão de regime.

⁷⁸⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do direito penal*... p. 26.

⁷⁸⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro*... p. 43.

⁷⁹⁰ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro*... p. 43.

uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um ato formal fundamentalmente programático: o que deve ser apenado é um programa que deve ser cumprido por agências diferentes daquelas que o formulam⁷⁹¹.

Em geral, são as agências políticas (parlamentos) que exercem a criminalização primária, ao passo que o programa por elas estabelecido deve ser realizado pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, agentes penitenciários e para a nossa análise, o Poder Judiciário). Enquanto a criminalização primária (elaboração de normas penais) é uma declaração que se refere, de forma geral, a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas e situações concretas⁷⁹². É verdade que a criminalização primária não é levada a cabo em toda a sua extensão, havendo uma disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que acontecem na sociedade e os que efetivamente chegam ao conhecimento das agências do sistema penal, configurando o que o nosso saudoso Augusto Thompson identificou como a “cifra negra”⁷⁹³.

Apesar de a criminalização primária implicar num primeiro passo seletivo, este permanece sempre em nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas penais nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam⁷⁹⁴. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária, que por sua vez procede de modo seletivo⁷⁹⁵. A bem da verdade, a seleção criminalizante secundária conforme ao estereótipo condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, fazendo que esse opere como um filtro que seleciona pessoas que se encontrem num certo estado de vulnerabilidade ao poder punitivo⁷⁹⁶.

O advento das “súmulas vinculantes” editadas pelo Supremo Tribunal Federal em questões criminais, configura potencial cenário de uma verdadeira mudança de eixo na relação criminalização primária/secundária. Com esse instrumento, estará se franqueando

⁷⁹¹ Idem, *ibidem*.

⁷⁹² Idem, *ibidem*.

⁷⁹³ THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 1/20.

⁷⁹⁴ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 44.

⁷⁹⁵ Idem, *ibidem*.

⁷⁹⁶ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *op. cit.* p. 46 e 49.

ou possibilitando a habilitação de uma agência judicial (no caso o STF) a operar no âmbito da criminalização primária. E o mais grave seria que não haveria uma substituição entre agências (judiciário por parlamento) e sim uma indevida cumulação e/ou superposição de agências que operariam na esfera da criminalização primária. O arsenal punitivo contaria desta forma com mais uma agência na confecção de seus ideais e estabelecimentos de parâmetros e, ao mesmo tempo, esta mesma agência asseguraria a completa aplicação dos preceitos criminalizantes em concreto.

Além dessa cumulação de funções, estaríamos diante de um perigoso aumento de eficiência na seara da criminalização primária, pois essa, com a adição da vinculação de enunciados da súmula vinculante do STF, galgaria mais um degrau na escala da concretização do poder punitivo estatal, aumentando seu gradiente de visualização, vez que tal instrumento permite uma maior especificação dos destinatários da norma penal, ou seja, permitiria uma maior eficácia na seletividade dos conflitos (ou pessoas) a serem criminalizados, reforçando desta forma a teia punitiva. O nível de abstração exigido pela criminalização primária — ínsito às agências executivas ou parlamentares — não existiria mais agora diante do Supremo Tribunal Federal, pois a criminalização gerada pela “súmula vinculante” decorreria de pronunciamentos judiciais oriundos de casos concretos, permitindo uma maior nitidez na seletividade.

Ligado a essa mudança no eixo criminalizante, está o problema da ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para editar leis ou atos normativos gerais e cogentes equiparados a lei (no caso, inegavelmente os enunciados de súmula vinculante). Inobstante os empecilhos constitucionais já debatidos, do ponto de vista criminológico e crítico, a própria forma de escolha dos membros da Suprema Corte brasileira milita contra a validade dos enunciados de sua súmula vinculante como instrumento de criminalização primária. É de conhecimento corrente que a composição dos onze ministros se dá mediante a escolha solitária do próprio Presidente da República, conforme art. 101, parágrafo único da Constituição Federal, sendo a única nesga de legitimação popular a questionável “sabatina” feita ao escolhido pelo Senado Federal (que, de comum senso, infelizmente, trata-se de mera formalidade oriunda de acordos políticos entabulados).

Desta forma, inegável o caráter político do órgão de cúpula do judiciário brasileiro, apesar de pertencer a um poder próprio, dotado de independência orçamentária e institucional (chegando a ponto de a dois mandatos presidenciais atrás se constatar, conforme amplamente divulgado pelos veículos midiáticos, a triste figura de um ministro dessa corte ser apelidado de “líder do governo no Supremo”, aludindo a sua patente atuação em favor da União). Nesta esteira, alertam Batista e Zaffaroni que quanto mais dependente das agências políticas for a estrutura da agência judicial (no caso o STF), maiores serão estas pressões e menor seu potencial crítico: o recrutamento de operadores tenderá a excluir potenciais críticos e o verticalismo a controlar quem pudesse ter dissimulado, por ocasião de seu ingresso, sua capacidade de observação da realidade⁷⁹⁷.

É evidente que esse cenário permite à súmula vinculante um perigoso potencial de controle social punitivo, possibilitando à cúpula do Poder Judiciário a manutenção das diretrizes de qualquer política criminal, que nesse caso, seria também por ele primariamente estabelecida.

Este danoso incremento do poder punitivo estatal que potencialmente pode advir do manejo da súmula vinculante, liga-se de certa forma a própria “tradição” político-cultural histórica brasileira de dominação e submissão, sendo esta por sua vez oriunda de uma colonial herança lusitana. Como visto no capítulo 2 da presente dissertação, os enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal encontram seu código genético, suas raízes, nos assentos da Casa de Suplicação portuguesa. Tal instrumento fora desenhado para afirmar a autoridade real, repousando no princípio de que a interpretação autêntica das leis constituía prerrogativa exclusiva do monarca⁷⁹⁸, e do órgão que atuava como se fosse sua extensão, impondo obediência e submissão.

Conservando as marcas da sociedade colonial escravista (cultura senhorial) imposta no Brasil-Colônia⁷⁹⁹, passando pelo Brasil-

⁷⁹⁷ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. op. cit. p. 61.

⁷⁹⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. op. cit. p. 131.

⁷⁹⁹ Sérgio Buarque de Holanda revela que na sociedade colonial brasileira o princípio de autoridade originou-se e desenvolveu-se na esfera doméstica, onde o pátrio poder era virtualmente ilimitado e havia poucos freios existentes para a sua “tirania”. O único setor onde o princípio de autoridade era indisputado era a família colonial, que fornecia a idéia

Império⁸⁰⁰, até chegar no Brasil-República, a sociedade brasileira caracteriza-se pela marca pela estrutura hierárquica do espaço social que determina a forma de uma sociedade fortemente verticalizada em todos os seus aspectos: nela, as relações sociais e intersubjetivas são sempre realizadas como relação entre superior, que manda, e um inferior, que obedece⁸⁰¹.

Esta marca é visivelmente detectada no escopo e concepção das “súmulas vinculantes”; encoberto por um discurso de igualdade, equidade, celeridade e justiça⁸⁰², percebe-se que o mecanismo da normatividade dos enunciados do Supremo Tribunal Federal carrega inegavelmente o signo da disciplina, hierarquia⁸⁰³, obediência e submissão. O fato de o entendimento pretoriano vincular todos “os demais órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” (cf. art. 2º da Lei nº 11.417/2006) constitui evidente traço disciplinar e, para assegurar e impor tal submissão, impõe-se o recurso de reclamação diretamente ao pretório em caso de desobediência (leia-se insubordinação) ao enunciado (cf. art. 7º, §2º da Lei nº 11.417/2006).

No tocante a essa estrutura de disciplina e submissão, Gizlene

mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre homens. E esse modelo da família patriarcal forneceu o grande modelo que serviu de referência para a política, as relações entre governantes e governados, entre monarcas e súditos. Há de se mencionar ainda que na ausência de uma burguesia urbana independente, diversos indivíduos da mesma massa dos antigos senhores rurais incumbiram-se de promover o “desenvolvimento” das instituições brasileiras, portadores de mentalidade e tendência características dessa classe. Toda a ordem administrativa do país, durante o Império e mesmo depois, já no regime republicano, há de comportar, por isso, elementos estreitamente vinculados ao velho sistema senhorial. HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. Edição comemorativa: 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras. 2006. p. 80, 84, 88 e 89.

⁸⁰⁰ Gizlene Neder identifica a existência de uma formação histórica luso-brasileira na virada do século XVIII para o XIX, tendo em vista a constituição do “império”. Neste império luso-brasileiro, continua a professora, as marcas da religiosidade cristã e do militarismo que armou as estratégias de (re)conquista de territórios, bem como da cultura jurídica conimbrense, têm sido tão fortes que têm atuado enquanto uma permanência cultural bastante expressiva. NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2000. p. 148.

⁸⁰¹ CHAUÍ, Marilena. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. 6ª reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2006. p. 89.

⁸⁰² Tais aspectos já foram alvo de análise no capítulo I.

⁸⁰³ Segundo Streck, assim como a igreja e a escola, a justiça organiza-se segundo uma estrita hierarquia. STRECK, Lenio. *Súmulas*.... p. 214.

Neder identifica com propriedade a visão de mundo tomista inserida nas práticas jurídicas lusitanas e, por consequência, no Brasil⁸⁰⁴. Relata a professora que a partir de uma prática política e ideológica dos jesuítas, espreada na Península Ibérica, sustentava-se uma concepção de sociedade rigidamente hierarquizada, produzindo efeitos de permanências culturais de longa duração (através de sua repetição nos diferentes processo de apropriação das formas culturais), com fortes desdobramentos para os afetos e as emoções que, mesmo passados séculos desde as rupturas ensejadas pela Revolução Francesa, resistem ainda hoje aos corolários das tantas mudanças promovidas pelas concepções iluministas e liberais sobre os direitos⁸⁰⁵.

Algumas dessas permanências histórico-culturais do direito em Portugal podem ser observadas nas práticas jurídicas e no pensamento jurídico no Brasil contemporâneo, bem como suas formas específicas de produção de normas de (i)legalidade, atribuição de direitos e demais práticas do campo jurídico⁸⁰⁶. As possibilidades interpretativas acerca do arbítrio e das fantasias absolutistas de um controle penal-policial absoluto que povoam não só os operadores das instituições de controle social formal (polícia e justiça — no caso em análise, o STF), mas todo o imaginário social brasileiro devem ser elencadas⁸⁰⁷. Em nossa opinião, as “súmulas vinculantes” em matéria criminal têm, infelizmente, a possibilidade de serem inseridas nesse contexto justamente pela natureza autoritária/disciplinadora que geram, em nosso entendimento, por tudo que já foi aqui dito, o que Neder denominou de “*reino cadaveroso/perinde ac cadaver*”, ou seja, a obediência cadavérica, a submissão intelectual e política (e nesse caso jurídica, que é derivada da política) aos poderes instituídos⁸⁰⁸.

Outro efeito danoso que pode ser gerado pelos enunciados da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal é a imposição de

⁸⁰⁴ NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal brasileiro...*p. 165.

⁸⁰⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁰⁶ Idem, *ibidem*.

⁸⁰⁷ Prossegue a professora ao afirmar que “a extensão e as particularidades das formas assumidas pelas reformas iluministas do direito (sobretudo do direito penal), veiculadas na Europa setecentista, que influenciaram e foram apropriadas pelo pensamento jurídico português e brasileiro, estão a carecer de uma maior atenção do pesquisador”. NEDER, Gizlene. *op. cit.* p. 166.

⁸⁰⁸ NEDER, Gizlene. *op. cit.* p. 205.

uma verdadeira hermenêutica vinculante. Já que o que se cristalizará nos enunciados vinculantes é a reunião do “entendimento pacificado” do Pretório Excelso, e o mesmo vinculará todas as demais instâncias administrativas e judiciais do país, todo e qualquer entendimento dos juízes de primeira instância que versar sobre matéria sumulada, resstará irremediavelmente vinculada a esse pensamento. Evandro Lins e Silva, ao comentar acerca das “súmulas vinculantes”, afirmou que “a tendência que se tem agora é tornar vinculante o engessamento da interpretação de certas instituições de lei”, identificando ser tal procedimento “uma violência contra a consciência jurídica de quem está julgando na instância inferior”⁸⁰⁹.

Além de ferir a independência judicial (como analisado no capítulo 3), acarreta a própria mecânica das “súmulas vinculantes” uma inegável violência simbólica.

Segundo Castoriadis, “tudo o que se apresenta no mundo social-histórico está, de forma indissociável, entrelaçado com o simbólico”⁸¹⁰. O poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem gnoseológica⁸¹¹, impondo a legitimação da dominação de agentes e/ou instituições sobre um determinado grupo, tendendo a descambar desta forma para uma violência simbólica:

“(...) as relações de comunicação são, de modo inseparável, sempre relações de poder que dependem, na forma e no conteúdo, do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes (ou pelas instituições) envolvidos nessas relações e que, como o dom ou o *potlach*, podem permitir acumular poder simbólico. É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os “sistemas simbólicos” cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou

⁸⁰⁹ SILVA, Evandro Lins e. *Víctor Nunes Leal, as súmulas e o Supremo Tribunal Federal*. Revisão e comentários Roberta Duboc Pedrinha. In: PINAUD, João Luiz Duboc; PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs). *Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano. Homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009... p. 383.

⁸¹⁰ *Apud* STRECK, Lenio. *Súmulas no direito brasileiro...* p. 212.

⁸¹¹ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. trad. por Fernando Tomaz. 8ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil. 2005. p. 9.

de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre a outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo assim, segundo a expressão de Weber, para a “domesticação dos dominados”⁸¹².

Como não poderia deixar de ser, as relações jurídicas encerram este simbolismo, e de acordo com Warat, o direito “é uma instância do político” que desempenha um papel simbólico; negar esta função acarreta inevitavelmente a despolitização generalizada⁸¹³. Mais que um papel simbólico, o poder Judiciário detém e exerce um poder simbólico, que segundo Bourdieu é “esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhes estão sujeitos ou mesmo que o exercem”⁸¹⁴. A autoridade jurídica é a forma por excelência da violência simbólica legítima, cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física⁸¹⁵. O direito, continua Bourdieu, é a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência; sendo também o direito a forma do discurso atuante capaz por sua própria força produzir efeitos⁸¹⁶.

O cotidiano das práticas judiciárias portanto tem uma série de especificidades que não podem ser desprezadas. No seu interior, os mecanismos de dominação se estabelecem através de uma lógica que tem como principal suporte a aparência de que o processo de interpretação e aplicação da lei é feito de forma igualitária, isenta das pressões advindas da sociedade⁸¹⁷. De acordo com Streck, fica claro que o discurso jurídico engendrará relações de dominação e submissão; no âmbito das relações entre os tribunais superiores e inferiores e destes com os seus juízes, bem como relativamente

⁸¹² BOURDIEU, Pierre. op. cit. p. 11.

⁸¹³ *Apud* STRECK, Lenio. op. cit. p. 211.

⁸¹⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. trad. por Fernando Tomaz. 8ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil. 2005.p. 7/8.

⁸¹⁵ *Idem*, p. 211.

⁸¹⁶ *Idem*, p. 237.

⁸¹⁷ STRECK, Lenio. op. cit. p. 216.

aos demais “operadores do direito”, as práticas discursivas, cada vez mais, tenderão a ser previamente definidas⁸¹⁸. E para tanto, instrumentos como a súmula vinculante têm o condão de servir como mecanismo perfeitamente adequado para que o *establishment* jurídico-dogmático alcance o “consenso discursivo”, que atenderá os interesses dos setores que dominam as relações sociais⁸¹⁹.

É evidente que essa violência simbólica veiculada pela súmula vinculante se utiliza do discurso da celeridade, economia, isonomia, justiça justamente para se legitimar e mascarar esse incomensurável poder. Segundo Bourdieu, o poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário⁸²⁰.

No que tange aos efeitos das súmulas vinculantes, o poder simbólico exercido é concretizado como controle sobre todos os “subordinados”/dominados, uma verticalização do discurso a ser seguido por todos, através de uma hermenêutica vinculante, configurando uma violência à consciência potencialmente divergente. O potencial poder de violência simbólica que poderá ser exercido pelas “súmulas vinculantes” sobre os juristas em sua prática cotidiana é classificada por Streck como controlabilidade difusa do sistema jurídico, funcionando como um poder normativo⁸²¹. Essa controlabilidade difusa constitui, segundo o professor gaúcho, uma espécie de “panóptico jurídico” sobre as instâncias inferiores do judiciário, correspondendo a súmula vinculante a um arbitrário poder juridicamente prevalecente⁸²², o qual poderá impingir o pensamento único

⁸¹⁸ Idem, p. 217.

⁸¹⁹ Idem, p. 217.

⁸²⁰ Afirma o pensador francês que o poder simbólico se define numa relação determinada e por meio desta, entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, isto é na própria estrutura do campo em que se produz e se reproduz a crença. O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras. O poder simbólico, poder subordinado, é uma forma transformada, irreconhecível, transfigurada e legitimada das outras formas de poder. BOURDIEU, Pierre. op. cit. p. 14.

⁸²¹ STRECK, Lenio. op. cit. p. 227.

⁸²² Idem, *ibidem*.

acerca do direito, impedindo novas leituras, novas interpretações⁸²³.

E dessa violência simbólica decorrida de uma hermenêutica vinculante, impõe-se um verdadeiro discurso monológico por parte da autoridade judicial que desempenhando as funções de uma “caixa de ressonância”, haverá de adotar a posição já consolidada na súmula vinculante e por consequência imutável e insensível à argumentação das partes, dos atores processuais. Desta forma, uma das características fundamentais do processo estaria violada, qual seja a dialeticidade. Tenderá a um verdadeiro monólogo da autoridade judicial, ou um discurso de uma nota só, transformando a garantia constitucional do contraditório num vazio. Como bem demonstra Warat, os profissionais do direito (juristas, juízes, advogados, promotores) desempenham suas atividades cotidianas argumentando.⁸²⁴ Isto significa que a interpretação do direito positivo que os mesmos realizam através de múltiplas atividades dos arrazoados das partes, das decisões jurídicas, procuram tornar-se verossímeis recorrendo a processos determinados de persuasão⁸²⁵. Com a súmula vinculante, tal processo argumentativo-persuasivo fica sensivelmente comprometido.

Lenio Streck afirma que a tese vinculatório-sumular é a simplista “opção” por um discurso monológico, em que a fala já vem habitada de antemão, sendo, enfim, a instituição de uma espécie de “linguagem autorizada”, em que a súmula vinculante, como “porta-voz” dessa fala autorizada, transforma-se em um “impostor provido do cetro” (skeptron), mesmo que para isso se cometa uma extorsão de sentido a lei e da Constituição, e quem estiver em desacordo será, irremediavelmente, condenado pelo crime de “porte ilegal da fala”⁸²⁶.

E prossegue o autor gaúcho:

“A Súmula vinculante é uma metacondição de sentido, produzindo um discurso monológico, impedindo a necessária alteridade hermenêutica. Desse modo, o problema das Súmulas não

⁸²³ Para Streck, com a institucionalização da súmula vinculante, serão queimadas as idéias (divergentes). STRECK, Lenio. *O fahrenheit sumular do brasil: o controle panóptico da justiça*. Disponível em www.leniostreck.com.br, acessado em 01.10.2007.

⁸²⁴ WARAT, Luís Alberto. op. cit. p. 93.

⁸²⁵ WARAT, Luís Alberto. op. cit. p. 93.

⁸²⁶ STRECK, Lenio. *O fahrenheit sumular...* Disponível em www.leniostreck.com.br, acessado em 01.10.2007.

reside no fato de serem “corretas” ou “incorretas”, e, sim, na função que esse mecanismo exerce no sistema jurídico e suas conseqüências no acesso à justiça e na qualidade das decisões a serem proferidas pelos juízes e tribunais”⁸²⁷.

A dialética é a essência do processo. Batista e Zaffaroni, referindo-se a *disputatio*⁸²⁸, trazem a noção de que na antigüidade, obtinha-se o conhecimento da verdade processual mediante a luta, combate ou duelo entre as partes (ou seu equivalente simbólico), e se uma triunfasse demonstrava que Deus estava ao seu lado (ordália ou prova de Deus) e, por conseguinte, tal afirmação/tese seria verdadeira⁸²⁹.

Ferrajoli ensina que a concepção clássica do processo como *disputatio* ou competição dialética entre razões opostas, é articulada e resolvida por confirmações e refutações⁸³⁰:

“Graças à sua estreita ligação com a retórica, a ciência jurídica processual se desenvolve, no mundo greco-romano e depois na organização medieval as artes liberais, como *scientia civilis* e *conjecturalis*, baseada nas regras do *liberaliter disputate* e sobre uma refinada teoria dos erros. Incorpora por tal via os valores democráticos e liberais, além de racionais e laicos, da contraposição entre razões opostas como método maiêutico de discussão e de investigação, de igualdade e de direito à palavra, que excluem verdades de autoridade e postulam a liberdade e paridade dos disputantes, a tolerância das hipóteses e argumentações em conflito, e a relatividade e a provisoriedade das provas e dos juízos do campo das *civiles quaestiones*”⁸³¹.

A importância da *disputatio* na seara criminal adota grande relevo haja vista que a mesma, juntamente com esses pressupostos

⁸²⁷ Idem, *ibidem*.

⁸²⁸ Os professores descrevem que a *inquisitio* e a *disputatio* se apresentavam como as únicas formas que pode assumir um saber para obter o conhecimento, mas o certo é que existe uma terceira opção em quase todas as civilizações, embora não predominante e bastante obscurecida na civilização técnico-científica, que é o *dialogus*. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro*... p. 499.

⁸²⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro*... p. 497.

⁸³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*... p. 132.

⁸³¹ Idem, *ibidem*.

humanistas, deu origem à estrutura acusatória do processo penal clássico e à maior parte das garantias processuais a ele inerentes⁸³². Geraldo Prado de forma clara defende que a concepção ideológica de um processo penal democrático deve respeitar o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar “sintetizando”, mas com a colaboração das partes (despindo-se entretanto de qualquer iniciativa persecutória)⁸³³. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular (linhas mestras do sistema acusatório) e nunca de relação linear⁸³⁴, própria de um discurso monológico.

Em resumo, o paradigma da *disputatio* exprime os valores democráticos do respeito à pessoa do imputado, da igualdade entre as partes contendoras e da necessidade prática — além da fecundidade lógica — da refutação da pretensão punitiva e da sua exposição ao controle do acusado⁸³⁵. Desta forma, a aceitação da “súmula vinculante” como a imposição de um discurso monológico, além de poder afetar o caráter dialético do processo, tende a violar o princípio acusatório especificamente no que diz respeito ao processo penal.

Um outro aspecto a ser brevemente analisado, diz respeito à razões metajurídicas para o implemento da “súmula vinculante”, aspectos estes não muito divulgados ao grande público e que dizem respeito a uma realidade globalizada neoliberal. Como bem assevera Warat, em geral os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político da investigação de verdades⁸³⁶. Por conseguinte se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades; o senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto, as representações que o integram pulverizam nossa compreensão do fato de que a história das verdades

⁸³² Ferrajoli cita o ônus da prova a cargo do acusador e a presunção de inocência até prova em contrário, o contraditório entre as partes como método de busca da verdade, a imparcialidade e a estranheza do juiz acerca da contenda, a prudência e a dúvida como método de investigação e estilo intelectual, os critérios de exclusão das provas não creditáveis pela fonte ou irrelevantes pelo objeto e a livre convicção do juiz. FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 132.

⁸³³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...* p. 40.

⁸³⁴ Idem, *ibidem*.

⁸³⁵ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 565.

⁸³⁶ WARAT, Luís Alberto. op. cit. p. 15.

jurídicas é inseparável da história do poder⁸³⁷. Alguns institutos e discursos jurídicos que aparentemente se apresentam como puramente “técnicos” em verdade atendem a interesses específicos, de classes ou grupos específicos, ligados invariavelmente com o poder político-financeiro.

Vivemos hoje, no Brasil, uma desalentadora realidade do ponto de vista humanístico, haja vista nosso cenário sócio, político-econômico estar inserido numa realidade globalizada de cunho capitalista, orientada por um projeto neoliberal⁸³⁸. Tal projeto, nas palavras de Marilena Chauí, constitui, sob o ponto de vista econômico, numa acumulação do capital que não necessita incorporar mais pessoas ao mercado de trabalho e de consumo, operando com o desemprego estrutural e do lado da política, a privatização do público, isto é, não só o abandono das políticas sociais por parte do Estado e a “opção preferencial” pelo capital nos investimentos estatais⁸³⁹. Segundo Nilo Batista, estamos diante duma realidade do capital transnacional vídeo-financeiro eletrônico⁸⁴⁰. A ignorância e desrespeito das ordens locais, dos habitantes de certa localidade pelas ordens transnacionais mundiais, faz da globalização “uma via de mão única”, na qual este grupo (transnacional) orienta as direções, ditando as regras que são lastreadas por um único paradigma: o mercado. Este paradigma influência decisivamente muitas instituições públicas, não constituindo o Judiciário nenhuma exceção a esta regra.

Como adverte Luiz Flávio Gomes, o poder econômico tem particular interesse no “bom funcionamento” do Poder Judiciário;

⁸³⁷ Idem, p. 15.

⁸³⁸ Com as ideias neoliberais sendo implementadas por todo o globo, e no Brasil não poderia ser diferente (a partir da adesão dos países da América Latina no Consenso de Washington, em 1989), viram-se as premissas de Hayek absolutamente implementadas, como manter um Estado forte em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. Para se manter uma meta orçamentária estável, deveria conter gastos com o bem-estar, restaurando a taxa “natural” de desemprego (criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos), tudo em nome da estabilidade monetária. ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo* in: BORÓN, Atílio; SADER, Emir (org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1995. p. 10/11.

⁸³⁹ CHAUÍ, Marilena. op. cit. p. 94.

⁸⁴⁰ BATISTA, Nilo. “Fragmentos de um discurso sedicioso”, *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, n° 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 75.

diante do judiciário, a postura neoliberal, sempre com o propósito de atingir seus objetivos, não destoa da trilogia clássica: investimento, subordinação e/ou fuga⁸⁴¹.

E para ilustrar essa relação e influência entre interesse econômico e Poder Judiciário, identifica-se um relatório feito pelo Banco Mundial intitulado “*The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean: Elements of Reform*”⁸⁴², que justamente identifica as deficiências do sistema judiciário dos países latino-americanos como entraves para o aporte de novos investimentos financeiros de países e empresas dos países desenvolvidos.

Como cediço, o Banco Mundial é uma instituição filiada a ONU⁸⁴³ e é formada pelo conjunto de suas agências que “ajudam” os países a atrair e reter investimentos privados, apoiando também os governos que estão promovendo reformas em suas economias, fortalecendo sistemas bancários, e investindo em recursos humanos, infra-estrutura e proteção do meio-ambiente, o que realça a atração e produtividade dos investimentos privados⁸⁴⁴.

Segundo o discurso institucional oficial, o objetivo do Banco Mundial é estabelecer condições para que o desenvolvimento pleno possa ser alcançado e a “pobreza erradicada” proporcionando ao mundo, como um todo, crescimento igualitário em todas as nações e a concretização de um mundo mais justo. Para alcançar a consecução de seus objetivos, o Banco adota várias estratégias. A mais proeminente é a atividade paranormativa, qual seja, produzindo documentos

⁸⁴¹ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura...* p. 200.

⁸⁴² DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in latin america and the caribbean: elements of reform*. In: World bank technical paper number 319. 1996. p. 5. Disponível em www.worldbank.org, acesso em 05.10.2007.

⁸⁴³ O Banco Mundial foi concebido durante a Segunda Guerra Mundial, em Bretton Woods, Estado de New Hampshire, com o objetivo inicial de reconstruir a Europa Pós-Guerra, conforme a sua visão institucional. O BM se vê ainda no papel de reconstrutor, mas enfatiza que a sua principal meta atual “é a redução da pobreza no mundo em desenvolvimento”. Ainda na visão institucional, o BM se considera como: “a maior fonte mundial de assistência para desenvolvimento, proporcionando cerca de US\$ 30 bilhões anuais em empréstimos para seus países clientes, usando recursos financeiros e pessoal treinado e sua ampla base de conhecimentos para ajudar cada país em desenvolvimento numa trilha de crescimento estável, sustentável e equitativo”. FERREIRA, Cloves Augusto Alves Cabral. *Globalização e poder judiciário: os valores considerados na reforma do Poder Judiciário no Brasil...* p. 42

⁸⁴⁴ FERREIRA, Cloves. op cit. p. 41.

e estimulando a realização de eventos em que sejam explicitados seus valores e possa exercer institucionalmente a influência nos Estados nacionais para conduzi-los à inserção da realidade global⁸⁴⁵.

E um dos grandes exemplos dessa atividade paranormativa — que se traduz na massa de normas, princípios e valores são colocada à disposição dos Estados, a título indicativo, sugestivo, ainda que em determinadas situações, em razões de valores e até mesmo da necessidade de acesso ao capital prometido pelas instituições — é a edição do documento *World bank fechnical paper number 319*. Este documento gerado em 30.06.1996, sugere elementos para a reforma do Poder Judiciário na América Latina e no Caribe. Com aproximadamente 50 páginas, o documento retrata os objetivos da Reforma do Judiciário, a Administração do Judiciário, o sistema normativo, o acesso à Justiça, o ensino jurídico e treinamento. Apresenta-se em cada um dos tópicos as críticas e “recomendações” para modificações em cada setor. Identifica o período de mudanças e ajustes verificados nos países da América Latina e Caribe, notadamente como reflexo da globalização, onde se observa uma maior confiança no mercado e no setor privado, o documento afirma que as instituições públicas estão sendo pouco eficientes em responder a estas mudanças⁸⁴⁶.

O Poder Judiciário é apresentado pelo documento como instituição pública e necessária, que deve proporcionar resoluções de conflitos transparentes e igualitárias aos cidadãos, agentes econômicos e, exatamente por isso, e por não atender à expectativa, deve ser reformado, para que “fomente um ambiente propício ao comércio, financiamentos e investimentos”. Diagnostica-se que o Poder Judiciário, em várias partes da América Latina e Caribe, tem experimentado em demasia longos processos judiciais e excessivo acúmulo de processos, acesso limitado à população, falta de transparência e previsibilidade de decisões e frágil confiabilidade pública no sistema⁸⁴⁷. Assim diz o próprio banco:

“The public as well as most judges and lawyers also consider the time required for resolution of a typical case as excessive-- this is the consequential damages individuals and

⁸⁴⁵ FERREIRA, Cloves. op. cit. p. 42.

⁸⁴⁶ FERREIRA, Cloves. op. cit. p. 45.

⁸⁴⁷ Idem, ibidem.

businesses suffer due to the prolonged time for resolution and the courts incapacity to satisfy the population's demand for court services"⁸⁴⁸.

Segundo a autora do documento Maria Dakolias, coordenadora da equipe lotada na Unidade de Modernização do Setor Público do Departamento Técnico do Banco Mundial, os sistemas judiciários na América Latina têm sido incapazes de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, *deixando de garantir direitos individuais e direito de propriedade*⁸⁴⁹.

E para alcançar tais objetivos, recomenda o Banco o implemento de uma verdadeira reforma das bases do Poder Judiciário nesses países, incluindo o Brasil, com a adoção de instrumentos processuais que assegurem tais fins:

*"Judicial reform programs should place emphasis on enforcing and implementing existing rules and procedures. Procedural revision should occur as necessary to complement other reforms. If, however, there is procedural reform, it first should be done on a pilot basis working within the existing procedural and institutional framework and should include training"*⁸⁵⁰.

Consoante a lógica e os valores recomendados pelo Banco Mundial, o Estado deve atuar como vetor de certezas. Em um ambiente de incertezas, na visão do Banco, um requisito essencial para os investidores é que as instituições estatais proporcionem a previsibilidade de suas normas políticas e a constância de sua aplicação. A reforma do Judiciário deverá levar o sistema a ter previsibilidade em suas decisões, a previsibilidade da imposição judicial da lei, os julgamentos precisam ser homogêneos⁸⁵¹. Tendo em vista esse panorama, a Emenda Constitucional 45/2004 justamente apresenta

⁸⁴⁸ DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in latin america and the caribbean: elements of reform*. In: World bank technical paper number 319. 1996. p. 5. Disponível em www.worldbank.org, acesso em 05.10.2007.

⁸⁴⁹ FERREIRA, Cloves. op. cit. p. 58.

⁸⁵⁰ DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in latin america and the caribbean: elements of reform*. ... p. 36.

⁸⁵¹ FERREIRA, Cloves. op. cit. p. 115.

“coincidências” com muitos dos valores recomendados pelo Banco Mundial, notadamente quanto à súmula vinculante, que permitiria o “alcançar da previsibilidade” dos julgamentos em razão da obrigatoriedade da observância pelos demais juízos das decisões sumuladas pelo Supremo Tribunal Federal.

E para aproveitar esse embalo globalizante/neoliberal, o legislador importou de forma acrítica dos Estados Unidos um instrumento que colide com as principais garantias constitucionais de nosso ordenamento jurídico, mormente quando se trata de questões criminais. Barbosa Moreira já detectou que é fenômeno mais que notório a maciça penetração, no Brasil não menos que noutros países, de expressões, costumes e instituições de origem norte-americana⁸⁵².

A súmula vinculante, diante desse cenário, afigura-se como tentativa de cópia do *stare decisis* e do *binding precedent doctrine*, institutos do direito norte-americano e inglês, de utilização tornada indispensável pelo planeta afora graças à necessidade, que tantas pessoas de outros horizontes sentem, de estabelecer vínculos jurídicos com indivíduos e empresas dos Estados Unidos⁸⁵³. A súmula vinculante não é a primeira e, a persistir o panorama político-financeiro neoliberal atual, não será a última inovação introduzida em nosso ordenamento processual que passam a trazer “o selo da influência norte-americana”⁸⁵⁴. Lapidar é a opinião de Barbosa Moreira precisamente acerca da vinculação normativa dos enunciados do Supremo Tribunal como decorrente da “americanização” do direito brasileiro:

“(…) não vejo com olhos tão tranqüilos determinadas propostas americanizantes que circulam nos meios jurídicos em matéria de reforma da Constituição, e particularmente do Poder Judiciário. Saliento neste contexto o alvitre de conferir eficácia vinculativa à jurisprudência dos tribunais superiores — solução, aqui também, a meu ver muito mais adequada ao sistema jurídico norte-americano, com a relativa preponderância do direito jurisprudencial sobre o legislado, que ao

⁸⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual (sétima série)*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 263.

⁸⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. op. cit. p. 264.

⁸⁵⁴ Idem, p. 269.

brasileiro, construído sobre princípios diversos”⁸⁵⁵.

Além de constituir uma mau-recortada importação americana, a implementação da súmula vinculante evidencia uma influência neoliberal nas estruturas públicas, nesse caso o Poder Judiciário, objetivando o resguardo de interesses do capital e da rapidez da previsibilidade, para permitir o aporte de novos investimentos.

Com isso há um claro desvirtuamento da função constitucional/garantista destinada ao Poder Judiciário. O Judiciário não deve ser garantidor de investimento ou fiador ou avalista de crédito. A partir do momento em que se estabelece uma relação de interdependência entre sistema judicial e poder econômico-financeiro, abalada restará a transparência e idoneidade desse Poder. Transferindo essa noção para o campo do direito criminal, essa política neoliberalizante persistente até os dias de hoje gera efeitos nefastos, vez que sempre que se analisa (ou melhor, se descortina a sempre existente) a relação economia/interesse financeiro *versus* poder punitivo, assistimos o definhamento do Estado de Direito e o afloramento do Estado de Polícia, como bem nota Nilo Batista:

“Definitivamente, pretende-se que o Judiciário abandone sua missão, insubstituível para o estado de direito democrático, de conter todo o poder punitivo exercido inconstitucional, ilegal ou irracionalmente, para policizar-se, para ser um complacente espectador da criminalização secundária; para ser, numa palavra, uma espécie de capitão-do-mato dos foragidos da nova economia. Isto seria a ruína do Judiciário, seguida da ruína do estado de direito, com a implantação de um estado policial submisso à nova ditadura financeiro-virtual planetária”⁸⁵⁶.

Zaffaroni analisando justamente essa quase esquizofrenia, uma relação de “Dr. Jekyll e Mr. Hyde” entre Estado de Direito e Estado de Polícia, asseverou:

⁸⁵⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁵⁶ BATISTA, Nilo. *Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres*. Rio de Janeiro: Revan. 2004. p. 25.

“(...) existe uma dialética contínua no Estado de direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar; procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca. (...) A extrema seletividade do poder punitivo é uma característica estrutural, ou seja, ela pode ser atenuada, mas não suprimida. Por isso, a questão penal é o campo preferido das pulsões do Estado de polícia, pois é o muro mais frágil de todo Estado de direito. Quanto mais habilitações o poder punitivo tiver nas legislações, maior será o campo de arbítrio seletivo das agências de criminalização secundária e menores poderão ser os controles e contenções do poder jurídico a seu respeito”⁸⁵⁷.

Em verdade, a súmula vinculante nos moldes que se impõe e, diante de nosso ordenamento constitucional, afigura-se como um potencial mecanismo violador do Estado de direito, vez que poderá afetar diretamente as garantias constitucionais, portanto, na seara criminal, pelas razões expostas no presente tópico, possui em si uma latente predisposição a servir como (mais) um instrumento de manutenção de política criminal, podendo fazer emergir um verdadeiro Estado de Polícia, vez que carregando em si uma potencial carga autoritária e simbolicamente violenta.

Concluindo, fazendo nossas as palavras de Gizlene Neder, uma das condições para a elaboração de projetos e estratégias democráticos de controle social e de mobilização política para a construção de uma cidadania ativa residirá em nossa capacidade de superação do absolutismo, que tem se manifestado, repetitivamente, através das fantasias absolutistas de um controle social (policial-judicial) absoluto⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ ZAFFARONI, E.R. *O inimigo no direito penal*. Trad. por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC. 2007. p. 170.

⁸⁵⁸ NEDER, Gizlene. *Iluminismo...* p. 205.

CAPÍTULO 5

GARANTISMO, FAVOR REI E PRECEDENTE VINCULANTE

Nos capítulos anteriores, sustentou-se a impossibilidade da adoção da súmula vinculante em sede criminal frente aos princípios clássicos do direito penal e do processo penal, bem como de aspectos criminológicos e garantias constitucionais afetadas.

É de se ressaltar que nenhum desses princípios, verdadeiros limitadores do poder punitivo, conhece aplicação absoluta⁸⁵⁹. Na verdade, caso os princípios limitadores fossem promovidos a regras de valor absoluto que passassem a corrigir a operacionalidade do poder punitivo, este sofreria uma radical redução. Tal comprovação provoca um desconforto na doutrina tradicional (e na classe dominante), a ponto de se chegar a considerá-los apenas como princípios meramente orientadores, ante a evidência de que, aplicados de modo estrito, levariam à extinção da pena⁸⁶⁰.

Afora essa observação, no presente tópico, enxerga-se uma possível exceção à “regra” descrita anteriormente, ou seja, aventa-se uma única forma de viabilidade da súmula vinculante na seara penal: a adoção da súmula vinculante *pro reo*.

Tal abordagem tem como base o princípio do *favor rei*, bem como a noção do garantismo penal, que enxerga como exceção ao princípio da legalidade criminal, todo e qualquer mecanismo utilizado *in bonam partem*. A seguir, será brevemente analisada a legitimidade da súmula vinculante na área criminal única e

⁸⁵⁹ BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E.R. *Direito penal brasileiro...* p. 200.

⁸⁶⁰ Idem, *ibidem*.

exclusivamente quando esta configurar um limitador do poder punitivo estatal.

5.1. A súmula vinculante como potencial limitador do poder punitivo estatal

Em nossa concepção, filiada a um pensamento garantista e liberário, o processo penal há de ser entendido como o instrumento de redução do poder punitivo estatal. Como ocorre em relação ao direito penal material, o direito processual penal deverá ser a veste, a forma, através da qual se exteriorizam as finalidades de política criminal, funcionando, ao mesmo tempo, como uma barreira a essas finalidades⁸⁶¹.

Como bem ressalta Bettiol, a própria origem do processo penal, que é um instrumento de garantia e uma preocupação imediata com a liberdade do acusado, não está na necessidade da “defesa social”, mas sim na “defesa do direito”⁸⁶². Nesta contraposição, continua o autor, radicam duas concepções opostas do processo, pois a defesa da sociedade poderia levar em casos extremos a “legitimar a violação do direito individual em homenagem ao perigoso aforisma *salus publica suprema lex esto*; o que no direito penal não pode conceder-se pois que a substituição do domínio da justiça (único legítimo) pelo da utilidade conduz as leis à violência, enquanto, pelo contrário, a fórmula ‘defesa do direito’ não permite que isso seja possível”⁸⁶³. O processo penal portanto não pode ser o meio de realização da *vindicta* do Estado, mas sim um caminho de concretização das exigências da justiça⁸⁶⁴. E justiça nesse caso (apesar da subjetividade do termo) é a observância incondicional da dignidade humana do acusado, fornecendo ao mesmo mecanismos que o protejam de qualquer eventual arbítrio punitivo estatal. Como diz Bobbio no prefácio do livro de Ferrajoli, há de se observar um sistema geral de garantismo que constitui a viga-mestra do Estado de Direito, que tem por fun-

⁸⁶¹ FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina. 2001. p. 46.

⁸⁶² BETTIOL, Giuseppe. *Instituições...* p. 203.

⁸⁶³ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 203.

⁸⁶⁴ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 204.

damento e escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente “odioso” no direito penal⁸⁶⁵. O garantismo há de ser entendido como a técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, e por essa razão ser considerado o traço estrutural e substancial mais característico da democracia: garantias tanto liberais como sociais, expressam os direitos fundamentais do cidadão frente aos poderes do Estado, os interesses dos mais débeis em relação aos mais fortes, assim como tutela das minorias marginalizadas frente às maiorias integradas⁸⁶⁶.

É dessa noção que decorre o princípio do *favor rei* em sede processual penal, que constitui base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado (na sua vida política e no seu ordenamento jurídico) por um critério superior de liberdade, não havendo efetivamente um Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento⁸⁶⁷. Pelo princípio do *favor rei*, diz Suannes, que há no processo penal um tratamento diferenciado do réu, que tem a seu favor algumas compensações, para contrabalançar alguns privilégios do acusador público (no caso, o Ministério Público)⁸⁶⁸.

Ferrajoli sustenta que esse princípio é afeto a noção de um direito penal mínimo, que corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza⁸⁶⁹, discorrendo de mesma sorte sobre seus consectários, que muitos deles se encontram de forma expressa em nosso ordenamento constitucional:

“Uma norma de limitação do modelo de direito penal mínimo informada pela certeza e pela razão é o critério do *favor rei*, que não apenas permite, mas exige intervenções potestativas e valorativas de exclusão ou de atenuação da responsabilidade cada vez que subsista incerteza quanto aos pressupostos cognitivos da pena. A este critério estão referenciadas instituições como a presunção de inocência do acusado até a sentença

⁸⁶⁵ In: FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 7.

⁸⁶⁶ CARVALHO, Salo. *Penas e garantias...* p. 97.

⁸⁶⁷ BETTIOL, Giuseppe. Op. cit. p. 295.

⁸⁶⁸ SUANNES, Adauto. op. cit. p. 165.

⁸⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 102.

definitiva, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio do *in dubio pro reo*, a absolvição em caso de incerteza acerca da verdade fática e, por outro lado, a analogia *in bonam partem*, a interpretação restritiva dos tipos penais e a extensão das circunstâncias eximentes ou atenuantes em caso de dúvida acerca da verdade jurídica”⁸⁷⁰.

No conflito entre o *jus puniendi* do Estado por um lado e o *jus libertatis* do réu por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade⁸⁷¹, o que Hassemer chamou de *in dubio pro libertate*⁸⁷². O *favor rei* é um princípio inspirador de caráter geral que deve encontrar manifestações concretas nas normas jurídicas penais⁸⁷³, bem como permear todos os institutos previstos em sede criminal.

Desta forma, este princípio exerce a função inegável de restringir e limitar o poder punitivo estatal, minimizando o campo da incriminação e maximizando as hipóteses que favoreçam a liberdade. Tendo como norte essa noção, Nilo Batista e Zaffaroni de forma clara afirmam que a Constituição Federal não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo, inobstante o fato de os usos e costumes servirem para estabelecer os limites da tipicidade penal quando a própria lei, de modo tácito ou explícito, a eles se remete⁸⁷⁴.

Tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, *mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência* (e no presente caso, as “súmulas vinculantes”) *não pode limitar o poder punitivo*, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. op. cit. p. 102.

⁸⁷¹ BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 295.

⁸⁷² HASSEMER, Winfried. op. cit. p. 58.

⁸⁷³ BETTIOL, Giuseppe. op. cit. p. 297.

⁸⁷⁴ ZAFFARONI, E.R.; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro...* p. 203.

⁸⁷⁵ ZAFFARONI; BATISTA. op. cit. p. 203.

Como bem escreveu Salo de Carvalho, a exclusão das demais fontes do direito penal (analogia, costumes, jurisprudência e direito penal comparado) diz tão-somente ao processo de criminalização ou de interpretação penalizadora. Tal proposição não esgota a esfera penal ao pressuposto da legalidade, reduzindo o campo interpretativo e excluindo a analogia e o direito consuetudinário — e nesse caso, o jurisprudencial sumular vinculante — das possibilidades judiciais. *Sua negação é restrita aos processos de incidência penal, não ao de exclusão da pena ou do delito*⁸⁷⁶.

Existem, de acordo com uma visão garantista, condições de flexibilização da legalidade via interpretação material, conformando uma dogmática penal garantista. No entanto, tais possibilidades limitam-se à ampliação do direito à liberdade do sujeito cuja conduta recebeu a (des)coloração da lei penal. Não se pode esquecer a utilidade prática da clássica fórmula de analogia *in bonam partem*; do reconhecimento da retroatividade da jurisprudência mais benigna; da atipicidade material dos delitos de bagatela; o reconhecimento das causas supra legais de exclusão da ilicitude, dentre outros⁸⁷⁷.

É nesse contexto que se insere a possibilidade da adoção da súmula vinculante *pro reo*. Deve-se aceitar somente a incidência dos enunciados vinculantes como verdadeiro anteparo ao poder punitivo estatal, sendo uma espécie de súmula vinculante *in bonam partem* (fazendo um paralelo com utilização de analogia *in bonam partem* em direito penal). Baseado nessas premissas, Fábio Trad com propriedade propõe “pensar” em fazer da súmula vinculante um instrumento comprometido com a liberdade, legitimado constitucionalmente na esteira do princípio do *favor rei* e do ideário

⁸⁷⁶ Prossegue o autor gaúcho ao afirmar que a hermenêutica garantista viabiliza ao mesmo tempo, de acordo com a necessidade da tutela do mais débil, a flexibilização ou a defesa intransigente da legalidade. Se reconhece direitos outros que justificam abrandamentos penalógicos ou descriminalizações judiciais de condutas, igualmente postula a efetivação da legalidade negada, através do uso alternativo do direito penal. Segundo Amilton Bueno de Carvalho, o olhar a lei penal desde o ponto de vista do mais fraco pressupõe uma dúplici diretiva: (a) na direção punitiva/perseguidora a interpretação deve ter força centrípeta, isto é, a imantação é para o núcleo do texto, restritivamente (o menor sofrimento possível); e (b) na direção libertária, para favorecer o débil no direito penal (réu), a força hermenêutica deve ter potencialidade centrífuga, dirigida para fora, com olhar extensivo dos direitos e garantias. In: CARVALHO, Salo. *Penas e garantias*... p. 89/90.

⁸⁷⁷ CARVALHO, Salo. op. cit. p. 89.

garantista⁸⁷⁸. Com a “súmula vinculante *pro reo*”, continua o autor, abre-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de tornar-se, em certo sentido, fonte irradiadora de uma política criminal garantista e racionalizadora do poder punitivo, anulando os efeitos negativos da persistência de um processo criminal de desfecho previsível⁸⁷⁹.

Nesse sentido, e consentânea com a idéia de utilizar a súmula vinculante como instrumento de garantia constitucional do cidadão e, por consequência, limitador do poder punitivo, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao editar os verbetes nº 11⁸⁸⁰, 14⁸⁸¹, 24⁸⁸², 25⁸⁸³ e 26⁸⁸⁴ da súmula vinculante.

Apesar da redação confusa e termos vagos dos enunciados 11 e 14 – o que mais uma vez leva à premissa de Victor Nunes Leal de que se a “súmula” for omissa ou confusa, passível de várias interpretações, ela falhará como método e finalidade⁸⁸⁵ – os mesmos, além de representarem questões já debatidas no Plenário de nossa Suprema Corte, representam um grande avanço na reafirmação das garantias constitucionais do cidadão no âmbito do

⁸⁷⁸ TRAD, Fábio. A súmula vinculante *pro reo*: um instrumento a favor da liberdade. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.152, p. 8, jul. 2005.

⁸⁷⁹ TRAD, Fábio. op. cit. p. 8. Convergindo de certa forma: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal*.... p. 138.

⁸⁸⁰ Súmula vinculante nº 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

⁸⁸¹ Súmula vinculante nº 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

⁸⁸² Súmula vinculante nº 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1o, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

⁸⁸³ Súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

⁸⁸⁴ Súmula vinculante nº 26: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, 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 de exame criminológico.

⁸⁸⁵ LEAL, Victor Nunes. Op. cit. p. 59.

processo penal, tendo com norte a dignidade da pessoa humana.

Os três enunciados mais recentes consagraram a jurisprudência existente no Pretório Excelso, solidificando orientações do Tribunal Pleno e que, de qualquer forma, já vinham sendo seguidas pelas mais variadas instâncias judiciais no Brasil⁸⁸⁶. Se persistir esta “orientação sumular”, o Supremo Tribunal Federal estará efetivamente desempenhando sua função de guardião da Constituição de forma compromissada com os postulados do Estado Democrático de Direito e com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, assegurando dessa forma o respeito ao princípio republicano da dignidade humana⁸⁸⁷.

Há de se mencionar ainda neste aspecto também, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ainda não sumulada também desempenha importante função transformadora baseada

⁸⁸⁶ O **verbetes 26** solidificou o decidido no *habeas corpus* nº 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos) face ao princípio da individualização da pena, pois previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado e que inegavelmente influenciou a edição da Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que reformou a Lei dos Crimes Hediondos (BRASIL, STF, HC nº 82.959/SP, DJU 01.09.2006); o **verbetes 25** consolidou o reconhecimento da derrogação parcial do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal, dando força cogente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ordenamento normativo brasileiro, pela adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica (STF, HC nº 87.585/TO, DJU 25.06.2009 e RE nº 349.703/RS, DJU 05.06.2009); o **verbetes 24** solidificou o decidido no *leading case* do *habeas corpus* nº 81.611, que reconheceu faltar justa causa para a ação penal que trata de crimes de sonegação fiscal enquanto o lançamento do tributo é pendente de decisão definitiva do processo administrativo, sendo esta condição objetiva de punibilidade (BRASIL, STF, HC nº 81.611/DF, DJU 13.05.2005).

⁸⁸⁷ Há de se registrar, porém que em alguns casos a Suprema Corte brasileira, por razões puramente pragmáticas, vem ela mesmo descumprimento os próprios verbetes de sua súmula vinculante *pro reo*, vacilando em sua função de guardião dos direitos e garantias constitucionais, pactuando com a agenda punitivista. O exemplo mais recente foi o visto no HC nº 95.443/SC, DJ 19.02.2010. Neste acórdão, a 2ª Turma do STF denegou ordem de *habeas corpus* requerida que objetivava o trancamento de inquérito policial instaurado para apurar crime contra a ordem tributária, antes do encerramento da esfera administrativo-fiscal. Entendeu o colegiado ser lícita e necessária a instauração de investigação policial mesmo na hipótese de pendência de discussão do crédito na esfera administrativa, “diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual”, sendo pois necessário para formalizar e instrumentalizar pedido de quebra de sigilo bancário a fim de que se possibilitasse o desfecho da fiscalização fazendária. Nesse desastrado precedente, percebe-se não só a chancela de investigações policiais de fatos atípicos, desrespeitando o verbete nº 24 da súmula vinculante, como a total descon sideração do princípio constitucional da não auto-incriminação.

nos ideários garantistas. Além dos enunciados de súmula vinculante citados, diversos são os exemplos na jurisprudência pretoriana de uma ação e entendimento verdadeiramente libertários, encontrando-se alguns sumulados. Pode-se mencionar o verbete nº 246 da Súmula (persuasiva) do STF (“*comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos*”), ou até mesmo alguns precedentes que, embora não sumulados, constituem verdadeiros paradigmas a serem observados pela grande maioria dos tribunais, locais e superiores — ressalvada algumas posições resistentes de alguns tribunais regionais —, tamanha é seu substrato libertário garantista: o *habeas corpus* nº 84.827 que asseverou a impropriedade de persecução penal calcada em delação anônima⁸⁸⁸; aplicação do princípio da insignificância aos agentes de delitos contra o patrimônio⁸⁸⁹, dentre outros.

Tendo em vista o exposto, a única função aceitável da súmula vinculante em matéria criminal é a de ser um limitador do poder punitivo estatal.

⁸⁸⁸ BRASIL, STF, HC nº 84.827/TO, DJU 23.11.2007.

⁸⁸⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido que tal princípio de política criminal qualifica-se como “*fator de descaracterização material da tipicidade penal*”. Ressaltando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, o STF estabeleceu vetores, ou seja, verdadeiros *standards* determinantes da aplicação do princípio da insignificância: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”. (STF, HC 98152/MG, DJU 05.06.2009).

CONCLUSÕES ■

Ao final da presente dissertação, chega-se a algumas conclusões acerca do instituto dos enunciados de súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e a viabilidade dos mesmos diante de questões criminais — sendo neste termo englobado questões de natureza penal, processual penal e criminológica — face aos princípios clássicos e tradicionais ínsitos às ciências penais.

Primeiramente, demonstrou-se a completa fragilidade do argumento oficial utilizado pelo Poder Público (e mídia) de uma forma geral, de que a súmula vinculante visa assegurar a equidade entre as partes e a segurança jurídica do ordenamento jurídico, mediante a padronização da interpretação das normas, sendo tal medida necessária a realização de justiça. Buscou-se demonstrar, segundo breves noções de filosofia, que o princípio da igualdade perante a lei não significa dizer que todos os cidadãos sejam iguais, pois toda a igualdade sempre é uma igualdade *secundum quid*, sendo de relativa noção; os homens não são completamente iguais e desiguais; os que são iguais com base em um critério podem ser diferentes com base em outro, devendo tal premissa ser transportada para os casos judiciais, pois nenhum caso trata das mesmíssimas questões que o outro.

No que concerne à busca pela justiça, que segundo Kelsen, é atributo pertencente ao domínio da moral, a padronização de decisões judiciais (precedentes ou “súmulas”) não se sustenta quando da análise da própria conceituação de justiça, que não chega sequer a um consenso entre os filósofos, evidenciando ainda que a equidade almejada de mesma sorte não se afigura como conceito estanque, possuindo diversas nuances, características e variantes complexas como os próprios seres humanos. Por essa razão é que se deve analisar caso a caso as questões levadas ao Judiciário, mormente as questões penais, pois cada caso é único (a desigualdade de tratamento corresponde a uma desigualdade de situação reconhecida). Em relação

à noção de segurança jurídica, que assim como a de justiça encerra uma abstração muito grande em seu conceito, concluímos que não basta a previsibilidade das decisões nem a construção conceitual para prover segurança jurídica. Aquela função de prover segurança jurídica não se satisfaz com uma mera previsibilidade das decisões: segurança jurídica não é segurança de resposta. Não podemos discutir, em termos abstratos e genéricos, o que seja segurança jurídica senão em relação ao caso concreto, desta forma será assegurada a segurança jurídica do jurisdicionado somente quando este tiver o seu caso detidamente analisado.

Demonstrada também está a origem da súmula vinculante, que remonta os vetustos assentos da Casa de Suplicação portuguesa, que encontrou aplicação em *terra brasilis* até a proclamação da República sendo, portanto extirpada de nosso ordenamento. Procurou-se estabelecer de mesma forma a distinção evidente entre os sistemas romano-germânico e da *common law*, tendo como base suas fontes, origens e culturas jurídicas. Desta forma, demonstrou-se que mesmo em países como os Estados Unidos e Inglaterra, onde há tradição da vinculação normativa dos precedentes judiciais, tal prática é feita com muita parcimônia, ou seja, através do *distinguishing*; das *reasons* dadas pelos juízes em apoio às suas decisões, o jurista inglês deve distinguir aquilo que constitui suporte necessário da decisão, a *ratio decidendi* do julgamento, que constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*), e que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. E é através do *distinguishing* que o tribunal determina se o princípio deduzido através do caso anterior é aplicável ou não ao caso em julgamento, e em seguida, decidindo em que extensão o princípio será aplicado, hipótese inócua em âmbito da súmula vinculante brasileira, que vincula através de enunciado telegraficamente “fundamentado”.

Estudando também brevemente o direito português, foi analisado que em ordenamento similar ao nosso, de iguais origens e tradições, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade dos “assentos” ressuscitados pelo Supremo Tribunal de Justiça português em dezembro de 1927. Foi decidido que os assentos, ao adquirirem função de interpretar ou integrar autenticamente as leis, possuíam força obrigatória geral, colidindo frontalmente com princípio da separação de poderes, o qual inibe os tribunais de se imiscuirem no campo do le-

gislativo e vice-versa. Tal experiência não pode ser desprezada quando se analisa a viabilidade e legitimidade da súmula vinculante no Brasil.

Concluiu-se também que a ideia de atribuir eficácia vinculante à súmula do Supremo Tribunal Federal desvirtua a concepção originária de Victor Nunes Leal, idealizador da Súmula pretoriana, que nada mais é do que um “método de trabalho” criado para ordenar melhor e facilitar a tarefa judicante. Segundo depoimento de Evandro Lins e Silva, nunca foi o desejo do ministro Victor Nunes a atribuição de efeito vinculante às súmulas. Desta forma, um método de trabalho vinculante soa um tanto quanto inusitado em qualquer ordenamento jurídico.

Em seguida, procedendo a uma análise constitucional da súmula vinculante, concluiu-se pela inconstitucionalidade material tanto da Emenda nº 45/2004, como da Lei nº 11.417/2006, vez que, de forma inevitável, há a tendência de se operar uma sumarização dos direitos do jurisdicionado, violando a garantia constitucional do acusado a um processo justo e regular, sendo tal garantia enxergada como consectário do direito ao *due process of law*, o nosso princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV da Constituição Federal).

A questão da “crise da Justiça” (mormente da lentidão do Poder Judiciário) que trouxe a reboque as “súmulas vinculantes”, também é analisada, revelando-se um dos motivos de sua adoção, qual, seja o aspecto funcional/pragmático de diminuir e desafogar o trabalho dos ministros do STF. Desmitificou-se a lentidão da máquina judiciária revelando, de acordo com dados estatísticos provenientes de pesquisa realizada pela DATAUnB, o ator processual que abusa dos meios de indagação judicial e de pleitos repetidos: o próprio Estado. É a ele que se deve dirigir a solução contra os excessos, não de demanda do Poder Judiciário, mas de pedidos e recursos intermináveis do Poder Executivo.

Ao se estabelecer um mecanismo que de qualquer forma suprima ou abrevie as fases procedimentais (processo de sumarização das garantias), há ofensa direta e inevitável às garantias constitucionais do cidadão/jurisdicionado, mais precisamente violando o direito a um procedimento regular justo, refletindo nas garantias do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e do acesso à jurisdição, vez que a apreciação da lesão ou ameaça a direito alegada pela

pessoa e encaminhada ao Poder Judiciário não se aperfeiçoa pela única repetição de uma decisão, independentemente do exame e julgamento de razões e fundamentos alegados pela parte.

Com a súmula vinculante, coloca-se em xeque também o princípio da separação dos Poderes, pois a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Em outras palavras, o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial, isso sem falar na ilegitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal, que segundo Cappelletti talvez seja “a mais grave objeção contra a criação jurisprudencial do direito”⁸⁹⁰. Deve-se ser mencionado também a violação da independência judicial e do princípio da motivação das decisões.

Desta forma, imperioso concluir a inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional nº 45/2004 e da Lei nº 11.417/2006, por violação das cláusulas pétreas correspondentes aos direitos e garantias individuais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa (art. 60, §4º, IV da CF) e da separação de Poderes (art. 60, §4º, III da CF), por constituírem as mesmas núcleo essencial de nossa Constituição Federal, insuscetíveis de reforma.

Particularizando a discussão para o campo das ciências criminais, concluiu-se pela inviabilidade da aceitação das “súmulas vinculantes”. Inicialmente foi feita uma indispensável diferenciação entre processo penal e processo civil, direcionando críticas a chamada Teoria Geral do Processo, vez que diversos institutos similares à súmula vinculante encontram-se positivados no texto do Código de Processo Civil, encontrando ampla aceitação. Nesta esteira, demonstrou-se que existem alguns princípios ínsitos às ciências penais (nelas inserindo-se o direito penal e o processo penal) que colidem com a essência dos enunciados de súmula vinculante. São pilares da própria existência do direito criminal, que lhe dão identidade e cientificidade, constituindo verdadeiros vetores de todas as questões desse ramo do direito, e o respeito e a observância aos mesmos devem ser encarados, não como apego a conceitos iluministas anacrônicos, mas como freios ao poder punitivo estatal.

⁸⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores...* p. 92.

De acordo com o princípio da legalidade criminal, a lei é entendida como a única fonte imediata, vinculante e cogente admitida no direito penal, não admitindo a Constituição Federal que a doutrina, a jurisprudência (no caso, a súmula vinculante) ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo. Seguindo nesta linha o princípio do devido processo penal — derivação lógica e necessária do princípio constitucional do devido processo legal, aplicado às particularidades e vicissitudes do direito processual penal — é violado pela vinculação dos precedentes judiciais. Especificamente, o princípio do duplo grau de jurisdição (ou do controle penal) é afetado, pois não se pode conceber uma sentença condenatória, que restrinja a liberdade humana, estar escorada sinteticamente em súmula vinculante, não podendo ser reformada por qualquer tribunal ou, por outro lado, que uma eventual sentença absolutória, baseada em entendimento judicial amparado no conjunto fático-probatório e analisando as questões de direito específicas ao caso concreto, mas, porém esteja em dissonância ao esposado em súmula vinculante, seja violentamente reformada por meio de reclamação ajuizada diretamente perante o Supremo Tribunal Federal.

Outro corolário do devido processo penal violado pelas “súmulas vinculantes” é o da duração razoável do processo penal. Os enunciados de súmula vinculante carregam em si um potencial de aniquilar esse tempo de maturação e a oportunização do debate, vez que foram implementados justamente respondendo anseio dos que clamam pela velocidade, pela resposta rápida, pela celeridade da “justiça”. A mera possibilidade de se suprimir as fases recursais ordinárias, que precisamente tem a função de imprimir uma maior reflexão e debate às questões trazidas, configura ofensa ao princípio da duração razoável do processo penal.

Conclui-se de mesma forma que outro princípio caro ao direito penal configura mais um óbice à aceitação da existência de enunciados de súmula vinculante na seara penal: o princípio da personalidade penal e seus corolários (os princípios da intrascendência e da individualização da pena). Afigura-se inconcebível frente a um direito penal liberal que um enunciado do Supremo Tribunal Federal, calcado em dois, três ou mais precedentes em matéria penal, possa vincular toda e qualquer futura causa criminal que apresente (alguma) similitude fática e/ou de direito, causa esta em que se

encontra pessoa acusada diversa daquela do precedente vinculante, expediente este que afetará sem dúvida o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob um viés criminológico crítico, o advento das “súmulas vinculantes” em matéria criminal configura uma mudança de eixo na relação criminalização primária/secundária. Com essa permissividade, estará se franqueando ou habilitando uma agência judicial a operar no âmbito da criminalização primária, acarretando uma indevida cumulação e/ou superposição de agências que atuariam nessa esfera.

Concluiu-se também que esse incremento do poder punitivo estatal liga-se de certa forma a própria “tradição” político-cultural histórica brasileira de dominação e submissão, sendo esta por sua vez oriunda de uma colonial herança lusitana atrelada a uma concepção de sociedade rigidamente hierarquizada, produzindo efeitos de permanências culturais de longa duração (através de sua repetição nos diferentes processos de apropriação das formas culturais).

No que tange aos efeitos das súmulas vinculantes, evidencia-se um poder simbólico exercido e concretizador do controle sobre os “subordinados/dominados”, evidenciando uma verticalização do discurso a ser seguido por todos. Através dessa hermenêutica vinculante, violado está o caráter dialético do processo, bem como o próprio sistema acusatório.

Finalmente, diante da inviabilidade de a jurisprudência ser capaz de habilitar o poder punitivo, concluiu-se que a única exceção à aceitação de “súmulas vinculantes” em matéria criminal em decorrência de uma visão garantista, é a caracterização das mesmas como anteparos ao poder punitivo estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Cândido Mendes de. Auxiliar jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas. vols. I e II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. (reprodução “fac-símile” da edição de 1869).
- _____. Código philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal. Ed. fac-similar da 14ª ed., 1870. Brasília: Senado Federal/Conselho Editorial. 2004. vol. 38-A
- ALMEIDA Jr., João Mendes de. O processo criminal brasileiro. vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1959.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: BORÓN, Atílio; SADER, Emir (org.). Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1995.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. trad. por Edson Bini. Bauru: Edipro. 2002.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. trad. por Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006
- _____. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e novo Código Civil. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- _____. Interpretação e aplicação da constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Presunção de inocência, devido processo legal, ampla defesa e outros tópicos de direito processual penal à luz da constituição de 1988. In: *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*. Ano 2. n°4. 2° semestre. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1997.
- BATISTA, Nilo. “Fragmentos de um discurso sedicioso”, *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. n° 1, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.
- _____. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan. 1990.
- _____. Novas tendências do direito penal: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan. 2004.
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Direito penal brasileiro: vol. I: teoria geral do direito penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan. 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. Comunidade: a busca por segurança no mundo atual. trad. por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2003.
- BERMUDES, Sérgio. A reforma do judiciário pela emenda constitucional n° 45. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- BETTIOL, Giuseppe. Instituições de direito e processo penal. trad. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.
- BINDER, Alberto. O descumprimento das formas processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- _____. Introdução ao direito processual penal. Trad. por Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- BOBBIO, Norberto. Em torno da noção de justiça. In: BOBBIO, Norberto. Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia. Trad. por César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto. 2003.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. por Fernando Tomaz. 8ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil. 2005.
- CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. RT. n. 786. abr. 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7ª ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Almedina. 2003.
- _____. Estudos sobre direitos fundamentais. Coim-

- bra: Coimbra editora. 2004
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1988.
- _____. Juízes legisladores? Trad. por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 1993 (reimpressão, 1999).
- CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. por Hebe Marenco. 2ª ed. Campinas:Minelli. 2004.
- _____. Cuestiones sobre el proceso penal. trad. por Santiago Melendo. Buenos Aires: Libreria del Foro. 1994.
- CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito criminal: parte geral. vol I. Trad. por Ricardo Gama. Campinas: LZN Editora. 2002.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- CARVALHO, Salo de. Penas e garantias. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- CASARA, Rubens R. R. Interpretação retrospectiva: sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- CHAUÍ, Marilena. Brasil: mito fundador e sociedade autoritária. 6ª reimpressão. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo. 2006.
- _____. Roberto Lyra Filho ou da dignidade política do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). Desordem e processo: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião de seu 60º aniversário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1986.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo. 20ª ed. São Paulo: Malheiros. 2004.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 2ªed. São Paulo: Max Limonad. 2001.

- CORRÊA TELLES, José Homem. *Commentario critico à Lei da Boa Razão*. In: ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Auxiliar jurídico. Apêndice às Ordenações Filipinas*. vol. II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. (reprodução “fac-símile” da edição de 1869)
- COUTINHO, Jacinto N.M. *Efetividade do processo penal e golpe de cena: um problema às reformas processuais*. In: WUNDERLICH, Alexandre. (org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao Prof. Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá. 1998.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da. *A arcaica súmula vinculante*. In: REINAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva. 2005.
- DATAUNB, “CONSULTORIA PARA A CONSTRUÇÃO DO SISTEMA INTEGRADO DE INFORMAÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO. 6º RELATÓRIO DE ATIVIDADES. PERFIL DAS MAIORES DEMANDAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATÓRIO FINAL”. 2005. Disponível em www.stf.gov.br, acesso em 09.02.07.
- DAKOLIAS, Maria. *The judicial sector in latin america and the caribbean: elements of reform*. In: *World bank fechnical paper number 319*. 1996. p. 5. Disponível em www.worldbank.org, acesso em 05.10.2007.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. por Hermínio Carvalho. 4ªed. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5ª ed. Trad. por Antônio José Brandão. Arménio Amado Editor. 1979.
- DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica. Supremacia constitucional*. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em 12.11.2006.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra. 1974. (2004, reimpressão).
- _____. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora. 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo:Malheiros. 2005.

- _____. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo. v. 25. n. 100. out/dez. 2000. p. 166-185.
- FARAH, Gustavo Pereira. O controle concentrado de constitucionalidade de súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Curitiba. 2006. Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal do Paraná.
- FARIA, José Eduardo. Paradigma jurídico e senso comum: para uma crítica da dogmática jurídica. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). *Desordem e processo: estudos em homenagem a Roberto Lyra Filho, na ocasião de seu 60º aniversário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1986.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina. 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et alli. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.
- FERREIRA, Cloves Augusto Alves Cabral. *Globalização e Poder Judiciário: os valores considerados na reforma do Poder Judiciário no Brasil*. Dissertação de Mestrado apresentada na UFSC. Florianópolis. 2005.
- FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*. v. 89, nº 782. dez 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. In: *Revista de Direito Penal*, nº 1, jan-mar/1971, Disponível em: www.fragoso.com.br, acesso em 10.05.2007.
- _____. O novo direito penal tributário e econômico. In: *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 12 (jan-março, 1966)
- FRANCIULLI NETTO, Domingos. A revalorização dos juízes de primeiro grau e dos tribunais locais. Disponível em <http://hdl.handle.net/2011/236>, acesso em 20.08.2006.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4ª ed. São Paulo: RT. 2000.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. v. 1, t. 1. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad. 1959.

- GOLDSCHMIDT, James Paul. Princípios gerais do processo penal. Trad. por Hiltomar Oliveira. Belo Horizonte: Líder. 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Direito penal e a interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes. São Paulo: Atlas. 2008.
- GOMES FILHO, Antonio. Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 15.05.2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. Trad. da 2ª ed. alemã por Pablo R. da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2005.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. Edição comemorativa: 70 anos. São Paulo: Companhia das Letras. 2006.
- HUNGRIA, Nélson. Comentários ao código penal. v. I. Tomo 1º. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro. 1955.
- ISRAEL, Jerold H. & LAFAVE, Wayne. Criminal procedure: constitutional limitations.(in a nutshell) 6th edition. St. Paul, Minnesota.: Westgroup. 2001.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio . Direito penal do inimigo: noções e críticas. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.
- JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- KARAM, Maria Lúcia. Competência no processo penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- _____. Juizados Especiais Criminais: a concreti-

- zação antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.
- KELSEN, Hans. O problema da justiça. Trad. por João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- LAFAVE, Wayne R. & SCOTT JR., Austin W. Criminal law. 2nd edition. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co. 1986.
- LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do S.T.F. In: AJURIS- Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. nº 25. 1982.
- LEE, Orlan. Systems dynamics in the law: a comparative approach to certainty in the common law and reviewability of past decision. Disponível em www.ouclf.iuscomp.org, acesso em 05.04.2007.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007
- _____. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- LORD GARDINER, Statements to the House, Judicial Precedent, 26.07.1966, Pratices Directions and Standings Orders applicable to Criminal Appeals. Disponível em www.parliament.uk, acesso em 05.04.2007.
- LYRA, Roberto. Comentários ao código penal. vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1955.
- LYRA FILHO, Roberto. O que é direito?. 17ª ed. (11ª reimpressão). São Paulo: Brasiliense. 2005.
- LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2003.
- MAIER, Julio B.J. Derecho procesal penal: tomo I: fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto. 2004.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Divergência jurisprudencial e súmula vinculante. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. vol. III. Campinas: Bookseller. 1998.
- _____. Elementos de direito processual penal. v. IV. Campinas: Bookseller. 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

- MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da Emenda Constitucional n. 45/2004. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Saraiva. 2005.
- MESTIERI, João. Manual de direito penal. Parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- _____. Teoria elementar do direito criminal. tomo I. Rio de Janeiro: Sedegra. 1971.
- MIRANDA, Pontes de. História e prática do ‘habeas corpus’. Campinas: Bookseller. 2001.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Trad. por Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual (oitava série). São Paulo: Saraiva. 2004.
- _____. Temas de direito processual (sétima série). São Paulo: Saraiva. 2001.
- NEDER, Gizlene. Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2000.
- NETO, Carlos Luiz. O devido processo legal e a efetividade processual: uma difícil relação. Disponível em https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_VII_julho_2007/devidoprocesso_carlosluiz.pdf. Acesso em 02.08.2007.
- NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. vol. I. Coimbra: Coimbra editora. 1995.
- NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Das súmulas vinculantes: uma primeira análise*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (orgs). *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.
- O GLOBO, Editorial *Limpar as gavetas*. Edição de 21.12.2006.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense. 2003.
- _____. *Súmula vinculante*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador. CAJ, Centro de Atualização Jurídica. nº 10. janeiro, 2002. Disponível em ww.direitopublico.com.br. Acesso em 23.10.2006.

- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria geral do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. por Maria Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. 2ª ed. São Paulo: IOB Thomson. 2004.
- PLATÃO. *A República*. Trad. por Heloisa Burati. São Paulo: Rideel. 2005.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes. 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2ª ed. Trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- RE, Edward. *Stare decisis*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense. 1994 n° 327.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva. 1998.
- ROCHA, Cármem Lúcia. Sobre a súmula vinculante. In: *Revista do IAB*. N° 85. 2º semestre. 1996.
- _____. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2005.
- ROSAS, Roberto. *Direito sumular*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2002.
- ROSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. In: MAFFETONE, Sebastiano; VECA, Salvatore. *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. São Paulo: Martins Fontes. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda*

- Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2005.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.
- SÉROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Trad. por Reanata Cordeiro. São Paulo: Landy Editora. 2006.
- SIFUENTES, Mônica. *Súmula vinculante: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais*. São Paulo: Saraiva. 2005.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.
- SILVA, Evandro Lins e. Crime de hermenêutica e súmula vinculante. In: *Verbis*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 5, dez. 1996.
- _____. *Efeito vinculante das súmulas: os assentos da Casa de Suplicação*. ADV: advocacia dinâmica- informativo. São Paulo. v. 17. n. 35. 1997.
- SILVA, Evandro Lins e. Victor Nunes Leal, as súmulas e o Supremo Tribunal Federal. Revisão e comentários Roberta Duboc Pedrinha. In: PINAUD, João Luiz Duboc; PEDRINHA, Roberta Duboc (orgs). *Estudos contemporâneos das ciências criminais na defesa do ser humano. Homenagem a Evandro Lins e Silva: o patrono da liberdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2005.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros. 2000.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2006.
- SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. *Súmula vinculante: um estudo à luz da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004*. Curitiba: Juruá. 2006.
- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª

- ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.
- _____. O fahrenheit sumular do brasil: o controle panóptico da justiça. Disponível em www.lenioestrck.com.br, acessado em 01.10.2007.
- SUANNES, Adauto. *Fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.
- TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. REPRO, vol. 110, Ano 28, São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho/2003.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007
- TORON, Alberto Zacharias. A súmula 691 do Supremo Tribunal Federal e o amesquinamento da garantia do habeas corpus. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.13, n.151, p. 11-12, jun. 2005.
- TRAD, Fábio. *A súmula vinculante pro reo : um instrumento a favor da liberdade*. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.13, n.152, p. 8, jul. 2005.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2004.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2004.
- _____. Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: *Revista dos Tribunais*. 2002
- WARAT, Luís Alberto. *Introdução geral ao direito: interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1994.
- WÜNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para (re)discussão. In: WÜNDERLICH, Alexandre (org.) *Escritos em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. parte general*. 2ªed. Buenos Aires: Ediar. 2002.
- _____. *O inimigo no direito penal*. Trad. por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC. 2007.

_____. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*.
Trad. por Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995.

Sítios eletrônicos consultados:

www.tribunalconstitucional.pt

www.mj.gov.br

www.ouclf.iuscomp.org

www.parliament.uk

www.senado.gov.br

www.ibdp.org.br

www.worldbank.org

www.stf.gov.br

www.stj.gov.br

www.trf2.gov.br

www.leniostreck.com.br

www.fragoso.com.br

Relação das Monografias Publicadas

- 1 - *Uma Pequena História das Medidas de Segurança*
■ Rui Carlos Machado Alvim
- 2 - *A Condição Estratégica das Normas*
■ Juan Félix Marteau
- 3 - *Direito Penal, Estado e Constituição*
■ Maurício Antonio Ribeiro Lopes
- 4 - *Conversações Abolicionistas*
- *Uma Crítica do Sistema Penal e da Sociedade Punitiva*
■ Organizadores: Edson Passetti e Roberto B. Dias da Silva
- 5 - *O Estado e o Crime Organizado*
■ Guaracy Mingardi
- 6 - *Manipulação Genética e Direito Penal*
■ Stella Maris Martinez
- 7 - *Criminologia Analítica - Conceitos de Psicologia Analítica para uma Hipótese Etiológica em Criminologia*
■ Joe Tennyson Velo
- 8 - *Corrupção: Ilegalidade Intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a Luta contra a Corrupção no Brasil (1980-1992)*
■ Flávia Schilling
- 9 - *Do Gene ao Direito*
■ Carlos Maria Romeo Casabona
- 10 - *Habeas-Corpus, Prática Judicial e Controle Social no Brasil (1841-1920)*
■ Andrei Koemer
- 11 - *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade*
■ Anabela Miranda Rodrigues
- 12 - *Crimes Sexuais e Sistema de Justiça*
■ Joana Domingues Vargas
- 13 - *Informatização da Justiça e Controle Social*
■ Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
- 14 - *Policiamento Comunitário e Controle sobre a Polícia: A Experiência Norte-Americana*
■ Theodomiro Dias Neto
- 15 - *Liberdade de Expressão e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*

■ Tadeu Antonio Dix Silva

16 - *Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro*

■ Benedito Roberto Garcia Pozzer

17 - *Os Filhos do Mundo*

- *A Face Oculta da Menoridade (1964-1979)*

■ Gutemberg Alexandrino Rodrigues

18 - *Aspectos Jurídico-Penais da Eutanásia*

■ Gisele Mendes de Carvalho

19 - *O Mundo do Crime - A Ordem pelo Averso*

■ José Ricardo Ramalho

20 - *Os Justicadores e sua Justiça*

- *Linchamentos, Costume e Conflito*

■ Jacqueline Sinhoretto

21 - *Bem Jurídico-Penal*

- *Um Debate sobre a Descriminalização*

■ Evandro Pelarin

22 - *Espaço Urbano e Criminalidade*

- *Lições de Escola de Chicago*

■ Wagner Cinelli de Paula Freitas

23 - *Ensaaios Criminológicos*

■ Adolfo Ceretti, Alfredo Verde,
Ernesto Calvanese, Gianluigi Ponti,
Grazia Arena, Massimo Pavanini,
Silvio Ciappi e Vincenzo Ruggiero

24 - *Princípios Penais - Da Legalidade à Culpabilidade*

■ Cláudio do Prado Amaral

25 - *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*

- *Saber Jurídico e Nova Escola Penal no Brasil*

■ Marcos César Alvarez

26 - *Iniciativa Popular*

■ Leonardo Barros Souza

27 - *Cultura do Medo - Reflexões sobre Violência Criminal,
Controle Social e Cidadania no Brasil*

Débora Regina Pastana

28 - *(Des)continuidade no Envolvimento com o Crime - Construção
de Identidade Narrativa de Ex-Infratores*

■ Ana Paula Soares da Silva

- 29 - *Sortilégio de Saberes: Curandeiros e Juizes nos Tribunais Brasileiros (1900-1990)*
■ Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer
- 30 - *Controle de Armas: Um Estudo Comparativo de Políticas Públicas entre Grã-Bretanha, EUA, Canadá, Austrália e Brasil*
■ Luciano Bueno
- 31 - *A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo*
■ Olga Espinoza
- 32 - *Perspectivas de Controle ao Crime Organizado e Crítica à Flexibilização dos Garantias*
■ Francis Rafael Beck
- 33 - *Punição, Encarceramento e Construção de Identidade Profissional entre Agentes Penitenciários*
■ Pedro Rodolfo Bodê de Moraes
- 34 - *Sociedade do Risco e Direito Penal*
- *Uma Avaliação de Novas Tendências Político-Criminais*
■ Maria Rodriguez de Assis Machado
- 35 - *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo - O Caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado)*
■ Christiane Russomano Freire
- 36 - *Efeitos da Internação sobre a Psicodinâmica de Adolescentes Autores de Ato Infracional*
■ Sirlei Fátima Tavares Alves
- 37 - *Confisco Penal: Alternativa à Prisão e Aplicação aos Delitos Econômicos*
■ Alceu Corrêa Junior
- 38 - *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*
■ Fabiana Lemes Zamalloa do Prado
- 39 - *O Trabalho Policial: Estudo da Polícia Civil no Estado do Rio Grande do Sul*
■ Acácia Maria Maduro Hagen
- 40 - *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*
■ Organizador: Andrei Koerner
- 41 - *Formação da Prova no Jogo Processo Penal: O Atuar dos Sujeitos e a Construção da Sentença*
■ Natalie Ribeiro Pletsch
- 42 - *Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto:*

Da Presunção de Inocência à Antecipação de Pena

■ Fabiana Costa Oliveira Barreto

43 - *O Discurso do Telejornalismo de Referência:*

Criminalidade Violenta e Controle Punitivo

■ Marco Antonio Carvalho Natalino

44 - *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea - Dogmática, Missão do Direito Penal e Polícia Criminal na Sociedade de Risco*

■ Cláudio do Prado Amaral

45 - *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência*

do Superior Tribunal de Justiça: O Trancamento da

Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus

■ Marina Quezado Grosner

46 - *A Capitalização do Tempo Social na Prisão:*

A Remição no Contexto das Lutas de Temporalização

na Pena Privativa de Liberdade

■ Luiz Antônio Bogo Chies

47 - *Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal:*

(des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade

■ Guilherme Gouvêa de Figueiredo

48 - *Um estudo dialógico sobre institucionalização e subjetivação de adolescentes em uma casa de semiliberdade*

■ Tatiana Yokoy de Souza

49 - *Policiando a Polícia: A Corregedoria-Geral*

de Polícia Civil do Rio Grande do Sul (1999-2004)

■ Saulo Bueno Marimon

50 - *Repressão Penal da Greve - Uma experiência antidemocrática*

■ Christiano Fragoso

51 - *O Caos Ressurgirá da Ordem*

■ Marcos Paulo Pedrosa Costa

52 - *Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática*

■ Raffaella da Porciuncula Pallamolla

53 - *Lei, Cotidiano e Cidade*

■ Luís Antônio Francisco de Souza

54 - *A Recusa das grades*

■ Eda Maria Góes

55 - *O Crime de Tortura e a Justiça Criminal*

■ Maria Gorete Marques de Jesus

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE TEXTOS DE MONOGRAFIAS - IBCCRIM

As monografias remetidas ao IBCCRIM, para análise e eventual publicação, deverão ter por tema, isolada ou conjuntamente, as matérias de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia, Política Criminal, Sociologia, Psicologia, Filosofia e correlatas, devendo ser redigidas em língua portuguesa, ficando a critério do autor o título, o enfoque metodológico, a abordagem crítica e o posicionamento opinativo.

As monografias devem obedecer, ainda, às seguintes exigências:

1. As monografias enviadas deverão ser inéditas.
2. As referências ou citações de outras obras demandam a indicação explícita dos respectivos autores e fontes. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). Uma referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto, como no exemplo a seguir: NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 1999.
3. Relação bibliográfica completa das obras citadas ou referidas deverá constar na parte final do texto;
4. Os trabalhos deverão ter no mínimo 100 laudas. Os parágrafos devem ser justificados. Como fonte, deve ser empregada o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5cm e as laterais 3,0cm. O tamanho do papel deve ser A4.
5. Os trabalhos deverão ser precedidos de breve Resumo (15 linhas no máximo) e de um Sumário, do qual deverão constar os itens com até 4 dígitos, como no exemplo: SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações; 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2.1 Responsabilidade civil objetiva...
6. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Não sendo admissíveis o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
7. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação, em qualquer tipo de mídia (papel, eletrônica etc.). O autor receberá gratuitamente 50 exemplares da monografia;
8. A monografia terá uma única edição, ficando o autor posteriormente liberado para novas edições. Os trabalhos que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores que poderão ser remetidos de novo, desde que efetuadas as modificações necessárias.
9. Serão admitidas monografias resultantes de concursos e títulos acadêmicos, inclusive dissertações de mestrado, teses de doutorado e concursos relativos a atividade docente. Os trabalhos relativos a monografias resultantes de conclusão de cursos de graduação não serão aceitos.
10. A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Departamento de Monografias. Os trabalhos recebidos para seleção não serão devolvidos.
11. Caso a monografia seja aprovada, será fixada uma data para publicação (por ordem de aprovação), após, entraremos em contato e enviaremos um contrato padrão que deverá ser devidamente assinado, com firma reconhecida, e faremos solicitações que entendemos pertinentes.
12. Não há custos para o autor e serão publicados aproximadamente 4.000 exemplares, destes o autor receberá sem custo algum 50 (cinquenta).

A remessa das monografias deve se dar por meio postal, para o IBCCRIM, ao cuidados do Departamento de Monografias, na Rua XI de Agosto, 52, 4º andar, Centro, São Paulo, SP (CEP 01018-010), bem como em versão eletrônica para monografias@ibccrim.org.br. Os trabalhos deverão ser identificados, contendo um breve currículo do autor, bem como endereço e telefone para contato.

Produção Gráfica

Ameruso Artes Gráficas e Vídeo - ME

Rua Basílio da Cunha, 891 - Ipiranga

01544-001 - São Paulo - SP

Tel./Fax: (11) 2215-3596

E-mail: ameruso@ameruso.com.br