

(Blog do lfg - artigos) fontes do direito penal

Luiz Flávio Gomes *

A doutrina corrente distingue a fonte de produção ou substancial ou material (quem pode criar o conjunto de normas que integra o Direito; quem é o sujeito competente para isso) das fontes formais (fontes de cognição ou de conhecimento ou de exteriorização desse Direito), que se dividem em fontes formais imediatas (lei etc.) e mediatas (costumes, jurisprudência, princípios gerais do Direito etc.). Essa classificação deve ser revisada. De qualquer modo, parece certo que os tratados e convenções internacionais configuram fontes imediatas, na medida em que exprimem normas de criação do Direito. Mas só podem criar crimes ou penas dentro de certos limites, como veremos.

No âmbito específico do Direito penal o assunto fontes deve partir de uma premissa muito relevante que é a seguinte: é fundamental distinguir o Direito penal incriminador (que cria ou amplia o *ius puniendi*, ou seja, que cuida da definição do crime, da pena, das medidas de segurança ou das causas de agravamento da pena) do Direito penal não incriminador (conjunto de normas penais que cuidam de algum aspecto do *ius puniendi*, sem se relacionar com o crime, a pena, as medidas de segurança ou com o agravamento das penas). O primeiro (Direito penal incriminador), no que se refere à sua origem (isto é, à sua fonte), é muito mais exigente (e restrito) que o segundo.

Outra distinção fundamental é esta: impõe-se diferenciar o Direito penal incriminador interno (relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro) do Direito penal incriminador internacional (relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Direito internacional penal).

O tema das fontes do Direito penal, como se vê, nos leva a indagar sobre o "titular" do direito de produzir as normas penais assim como sobre sua "forma" (ou "modo") de exteriorização na vida social. Em outras palavras: quem pode produzir a legislação relacionada com o Direito penal? Como o Direito penal se exterioriza formalmente? A resposta a cada uma dessas questões, de outro lado, terá grande variação se se trata do Direito penal incriminador ou do não incriminador.

a) Fonte de produção ou substancial ou material

Quem pode produzir (criar) o Direito penal? No que diz respeito ao Direito penal incriminador interno (conjunto de normas que cuidam do delito, da pena, da medida de segurança ou do agravamento das penas, no âmbito interno, ou seja, no âmbito das relações do indivíduo com o Estado brasileiro) somente o Estado está autorizado a legislar sobre Direito penal. Em outras palavras: ele é o único titular da criação ou ampliação do *ius puniendi*, logo, cabe a ele a produção material do Direito penal objetivo (ou seja: cabe ao Estado a criação das normas que compõem o Direito penal incriminador). Releva notar que a distribuição da competência legislativa vem descrita na Constituição Federal, que diz em seu art. 22, I, que compete privativamente à União legislar sobre Direito penal. Conclusão: no Brasil somente a União é que pode produzir o Direito penal objetivo incriminador.

No que diz respeito ao Direito penal não incriminador (conjunto de normas penais que cuidam de algum aspecto do *ius puniendi*, sem tratar especificamente do delito, da pena, da medida de segurança ou do agravamento da pena) o assunto fonte de produção comporta alguma flexibilização quando se trata de norma favorável ao réu. Em regra é a União que produz todas as normas penais, incluindo-se as não incriminadoras (normas explicativas, justificantes, exculpantes etc.). Mas para favorecer o réu até mesmo o costume pode ser invocado. E quem produz o costume, evidentemente, não é a União (sim, a comunidade ou a quase totalidade ou parcela dela).

Direito internacional: em relação ao Direito internacional impõe-se fazer a seguinte distinção: quando se trata das relações do indivíduo com organismos internacionais (com o TPI, v.g.), os tratados e convenções constituem as diretas fontes desse Direito penal, ou seja, eles definem os crimes e as penas. É o que foi feito, por exemplo, no Tratado de Roma (que criou o TPI). Nele acham-se contemplados os crimes internacionais (crimes de guerra, contra a humanidade etc.) e suas respectivas sanções penais. Como se trata de um *ius puniendi* que pertence ao TPI (organismo supranacional), a única fonte (direta) desse Direito penal só poderia mesmo ser um Tratado internacional.

Cuidando-se do Direito penal interno (relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro) tais tratados e convenções não podem servir de fonte do Direito penal incriminador, ou seja, nenhum documento internacional, em matéria de definição de crimes e penas, pode ser fonte normativa direta do Direito interno brasileiro. O Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa (até hoje inexistente no nosso país).

Fundamento: o que acaba de ser dito fundamenta-se no seguinte: quem tem poder de celebrar tratados e convenções é o Presidente da República (Poder Executivo) (CF, art. 84, VIII), mas sua vontade (unilateral) não produz nenhum efeito jurídico enquanto o Congresso Nacional não aprovar (referendar) definitivamente o documento internacional (CF, art. 49, I). O Parlamento brasileiro, de qualquer modo, não pode alterar o conteúdo daquilo que foi subscrito pelo Presidente da República (em outras palavras: não pode alterar o conteúdo do Tratado ou da Convenção). O que resulta aprovado, por decreto legislativo, não é fruto ou expressão das discussões parlamentares, que não contam com poderes para alterar o conteúdo do que foi celebrado pelo Presidente da República. Uma vez referendado o Tratado, cabe ao Presidente do Senado Federal a promulgação do texto (CF, art. 57, § 5º), que será publicado no Diário Oficial. Mas isso não significa que o Tratado já possua valor interno. Depois de aprovado ele deve ser ratificado (pelo Executivo). Após essa ratificação o Chefe do Poder Executivo expede um decreto de

execução (interna), que é publicado no Diário Oficial. É só a partir dessa publicação que o texto ganha força jurídica interna.[1]

Conclusão: os tratados e convenções configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal (relações do indivíduo com o *ius puniendi* internacional, que pertence a organismos internacionais – TPI, v.g.), mas jamais podem servir de base normativa para o Direito penal interno (que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro), porque o parlamento brasileiro, neste caso, só tem o poder de referendar (não o de criar a norma). A dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar.

Capacidade legislativa dos Estados membros: por meio de lei complementar federal os Estados membros (quando concretamente autorizados) podem legislar sobre Direito penal, porém, somente em questões específicas de interesse local (CF, art. 22, parágrafo único). Sublinhe-se: questões "específicas": uma regra penal sobre trânsito em uma determinada localidade, sobre meio ambiente em uma delimitada região etc. Logo, nenhum Estado está autorizado a legislar sobre temas fundamentais do Direito penal (sobre o princípio da legalidade, sobre as causas de exclusão da antijuridicidade, sobre a configuração do delito etc.).

b) Fontes formais

No que diz respeito às fontes formais (como se exterioriza formalmente o Direito penal) faz-se mister distinguir as fontes formais do Direito penal em geral da fonte formal e única do Direito penal incriminador (que é a lei).

As fontes formais (ou imediatas) do Direito penal em geral são:

(a) a Constituição (e seus princípios);

(b) o Direito Internacional dos Direitos Humanos (e seus princípios),

(c) a legislação escrita (e seus princípios) e

(d) o Direito Internacional não relacionado com os direitos humanos (e seus princípios).

A fonte formal (ou imediata) do Direito penal incriminador (que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro), por seu turno, é exclusivamente a lei. Os costumes, nesse contexto, são fontes informais do Direito penal. A doutrina e a jurisprudência, por último, configuram fontes formais mediatas.

A diferença entre fontes imediatas e mediatas é a seguinte: enquanto as primeiras revelam o direito vigente (Constituição, tratados, leis) ou tido como tal (costumes), as segundas explicam ou interpretam e aplicam as primeiras.

A lei como fonte formal única, exclusiva e imediata do Direito penal incriminador interno

No que diz respeito às normas que criam ou ampliam o *ius puniendi* do Estado brasileiro (Direito penal incriminador interno) a única e exclusiva fonte de exteriorização é a lei formal (lei ordinária ou complementar), escrita, cujo conteúdo é discutido, votado e aprovado pelo Parlamento. Por força do *nullum crimen, nulla poena sine lege* nenhuma outra fonte pode criar crimes ou penas ou medidas de segurança ou agravar as penas (ou seja: nenhuma outra fonte pode criar ou ampliar o *ius puniendi*).

"A lei, por emanar do poder que encarna a soberania popular, conta com um plus de legitimidade política, diante de outras fontes. Sendo norma escrita, retrata uma segurança jurídica frente à arbitrariedade e ao *ius incertum* (...) Como dizia o Marquês de Beccaria, Cesare Bonessana, só uma norma procedente do poder legislativo, que representa toda uma sociedade unida pelo contrato social, pode limitar a sagrada liberdade do indivíduo, definindo os delitos e estabelecendo as penas". [2]

O que acaba de ser dito expressa o conteúdo do chamado princípio da reserva legal ou princípio da reserva de lei formal. Reserva legal é um conceito muito mais restrito que legalidade (que é um conceito amplo). A única manifestação legislativa que atende ao princípio da reserva legal é a lei formal redigida, discutida, votada e aprovada pelos parlamentares. Essa lei formal é denominada pela Constituição brasileira de lei ordinária, mas não há impedimento que seja uma lei complementar que exige maioria absoluta (CF, art. 69).

Aliás, certos setores da doutrina (Ferrajoli, v.g.) chegam a sugerir que o correto seria sempre observar o princípio da reserva de lei complementar em matéria de Direito penal incriminador, precisamente em virtude da exigência de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional.

Constituição Federal: a Constituição Federal constitui fonte imediata ou direta do Direito penal (em geral), mas ela não pode definir crimes ou penas ou agravar as existentes. Essa função, por força do *nullum crimen, nulla poena sine lege* é exclusiva da lei ordinária ou complementar.

Quanto aos tratados e convenções internacionais impõe-se distinguir o seguinte: eles configuram fontes diretas (imediatas) do Direito internacional penal, que rege as relações do indivíduo com o *ius puniendi* dos organismos internacionais (TPI, v.g.). Mas jamais podem cumprir esse papel no que diz respeito ao Direito penal interno (ou seja: o que cuida das relações do indivíduo com o *ius puniendi* do Estado brasileiro).

Recorde-se (como vimos acima) que os Tratados internacionais são firmados pelo Chefe do Executivo (Presidente da República). O Parlamento apenas referenda o Tratado, mas não pode alterar o seu conteúdo (que lhe é apresentado de forma fechada). Ou seja: não se trata de conteúdo que possa ser redigido ou alterado pelo Parlamento. Admitir que tratados internacionais tenham possibilidade de definir crimes ou penas para o âmbito interno significa, dessa maneira, conceber que o Presidente da República possa (de forma indireta) desempenhar o papel de definir crimes e penas. Se isso fosse possível ficaria esvaziada a

garantia política e democrática do princípio da legalidade (ou mais precisamente: da reserva legal), que exige obrigatoriamente a participação dos representantes do povo na elaboração e aprovação do texto que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro.

Medidas provisórias: no que concerne às normas penais incriminadoras (as que definem crimes, penas, medidas de segurança ou que agravam as penas), exclusivamente a lei penal formalmente redigida, discutida e aprovada pelo Parlamento (garantia da *lex populi*) é que serve de instrumento para essa finalidade. Em relação às normas penais não incriminadoras, conseqüentemente, admite-se a medida provisória como fonte formal do Direito penal.

Antigos decretos-leis: antes da Constituição de 1988 os Presidentes da República emitiam decretos-leis, que foram abolidos (surgindo em seu lugar as medidas provisórias). Muitas leis penais incriminadoras foram aprovadas por Decreto-lei (aliás, nosso Código Penal constitui o primeiro exemplo disso). Na época de sua edição achavam-se amparados pela Constituição. Daí a aceitação deles como fonte do Direito penal, inclusive incriminador. Na atualidade (ou seja: já que não estamos mais sob o império de regimes autoritários ou de exceção) tornou-se inconcebível o Presidente da República (por vontade sua) criar normas relacionadas com o *ius puniendi*.

Leis delegadas: considerando-se que as leis delegadas são elaboradas pelo Presidente da República (CF, art. 68), parece muito evidente que elas não servem de fonte para o Direito penal incriminador. Aliás, referidas leis não podem versar sobre direitos individuais (CF, art. 68, § 1º, II). Daí se infere que não podem cuidar da definição do delito nem das suas conseqüências jurídicas.

Princípios jurídico-penais: os princípios jurídico-penais, que são extraídos dos textos constitucionais, internacionais ou legais, constituem fontes formais imediatas do Direito penal (em geral), mas tampouco podem definir crimes ou penas ou medidas de segurança ou agravar penas. Os princípios ganham força a cada dia na nossa jurisprudência, mas não podem substituir a lei formal como fonte única do Direito penal incriminador interno.

Princípios são comandos jurídicos de abrangência muito maior que as regras jurídicas: enquanto estas são dirigidas a uma situação concreta, os princípios regem um conjunto enorme de situações. Os princípios são de caráter genérico, orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não incluídos expressamente no Direito positivo. De qualquer modo, não há dúvida que o princípio positivado (explícita ou implicitamente) na Constituição tem relevância redobrada. Nunca se pode esperar dos princípios uma equação do "tudo ou nada" (Dworkin). Na verdade, a arte de entender o sistema jurídico reside justamente na capacidade de compaginar os raios de incidência de todos os princípios conjugadamente.

Princípios constitucionais, infraconstitucionais e internacionais: de todos os princípios (que configuram as diretrizes gerais do ordenamento jurídico), gozam de supremacia incontestável os constitucionais. Exemplos: princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, inc. LV), do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV), da presunção de inocência (CF, art. 5º, inc. LVII) etc.. Mas isso não significa que não existam princípios infraconstitucionais (leia-se: emanados de regras legais). Por exemplo: princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que está contemplado no art. 599 do CPP; princípio da necessidade da pena que vem previsto no art. 59 do CP etc. Os princípios constitucionais contam com maior valor e eficácia e são vinculantes (para o intérprete, para o juiz e para o legislador). Também existem princípios que derivam de regras internacionais. Por exemplo: princípio do duplo grau de jurisdição, que está contemplado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose), art. 8º, II, "h". Todo o Direito internacional posto em vigência no Direito interno é fonte do Direito e deve ser considerado para a solução de conflitos.

Os costumes são "normas" de comportamento que as pessoas obedecem de maneira uniforme e constante (requisito objetivo), com a convicção de sua obrigatoriedade jurídica (requisito subjetivo). No âmbito penal, os costumes, como fontes informais, jamais podem criar crime ou pena ou medida de segurança ou agravar a pena. Podem, entretanto, beneficiar o agente (em casos específicos – cf. RT 594/365). Exemplo: imagine um costume indígena de praticar relação sexual com a adolescente logo após sua primeira menstruação. Mesmo que ela conte com treze anos de idade, não há que se falar em delito

(nem em presunção de violência). Esse costume seria invocado pelo juiz para a absolvição do agente (por se tratar de fato atípico).

De qualquer maneira, quanto aos índios, não é correto concluir que a vida deles está regida exclusivamente pelos seus costumes. O homicídio praticado por índio, ainda que tenha como vítima outro índio, configura, em regra, um fato punível de acordo com o Direito penal nacional e, por isso mesmo, deve o autor responder por ele normalmente. Aliás, em regra a competência, nesse caso, é da Justiça estadual (Súmula 140 do STJ).

"Compete à justiça estadual o julgamento de crime comum cometido por índio, em que não tenha havido disputa sobre direitos indígenas, ainda que ocorrido dentro de reserva indígena. Com base nesse entendimento, a Turma manteve decisão do STJ que fixara a competência da justiça estadual para processar e julgar índios acusados de homicídios dentro de área indígena, afastando à espécie a incidência da CF, art. 109, XI ("Aos juízes federais compete processar e julgar: ... XI - a disputa sobre direitos indígenas."). Considerou-se que, no caso, os crimes não tiveram por motivação o conflito pela posse ou propriedade de terras indígenas, mas sim um desentendimento ocorrido entre os pacientes e as vítimas. Precedentes citados: HC 75.404-DF (DJU de 27.4.2001); HC 79.530-PA (DJU de 25.2.2000) e HC 80.496-MA (DJU de 6.4.2001)" (STF, HC 81.827-MT, rel. Min. Maurício Corrêa).

O costume pode ser: *contra legem* (costume criado contra o texto legal, que muitas vezes deixou de ser aplicado em razão de sua desatualização), *secundum legem* (o costume, nesse caso, ratifica o texto legal) ou *praeter legem* (o costume vai além da lei, ou seja, preenche as lacunas da lei).

De qualquer modo, cabe assinalar que o costume, no nosso ordenamento jurídico, não revoga a lei. Nem sequer o costume *contra legem* revoga a lei (TAMG, rel. Casto Rios, RJTAMG 21, p. 414 e ss).

O jogo do bicho, por exemplo, em relação ao apostador ou a quem coleta a aposta, não pode ser desconsiderado em razão dos costumes (RT 666/376), sim, em razão da falta de lesão ao bem jurídico protegido no caso (que só pode ser o erário público). [3]

Fontes formais mediatas: duas são as fontes formais mediatas (que explicam ou interpretam ou aplicam as fontes imediatas ou informais): doutrina e jurisprudência.

1') Doutrina: a função da doutrina (*opinio doctorum*) consiste em interpretar as fontes formais imediatas do Direito penal. Não conta com caráter vinculante, mas muitas vezes acaba bem cumprindo seu papel de evitar a improvisação e o arbítrio, oferecendo conceitos coerentes que muito contribuem para a sistematização do Direito.

2') Jurisprudência: a decisão reiterada dos juízes e tribunais num determinado sentido forma a jurisprudência, que muitas vezes não só é fonte formal do Direito como inclusive "criadora" dele (por exemplo: quem afirma no Brasil que só existe crime continuado quando as infrações não se distanciam mais de um mês umas das outras? A jurisprudência. Logo, essa regra foi criada pela jurisprudência. É lógico que não é uma posição ortodoxa afirmar que o juiz "cria" o Direito, porém, na prática, é isso o que ocorre (muitas vezes) e inclusive é legítima essa função do juiz, desde que ele atue no âmbito do vazio legislativo (para suprir suas lacunas).

Em outras palavras: o que o legislador não regulamentar detalhadamente, compete ao juiz fazê-lo, dentro de certos limites (a isso se dá o nome de integração do ordenamento jurídico). Nesse momento o juiz "cria" regras jurídicas (em sentido complementar, isto é, a ele compete explicitar as lacunas deixadas pelo legislador). Quem inventou a "regra" de que só se admite crime continuado quando os delitos são cometidos na mesma comarca ou comarcas vizinhas foi a jurisprudência. Cuida-se de um vácuo legislativo que foi suprido pela iniciativa dos juízes.

Considerando-se a subordinação do Brasil ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, impõe-se recordar que a Jurisprudência tanto da Corte Interamericana de

Direitos Humanos como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos também constitui fonte formal mediata (ou indireta) do Direito penal. Quem quer conhecer o Direito penal e processual penal vigentes hoje no Brasil deve estudar, também, essa jurisprudência. Logo, é fundamental distinguir a jurisprudência interna da internacional.

3') Súmulas vinculantes: sendo as súmulas vinculantes uma parte da jurisprudência consolidada do STF, também elas constituem fonte mediata do Direito penal. Embora vinculantes, não possuem força de lei nem emanam do Poder Legislativo. É por isso que não podem ser classificadas como fonte imediata do Direito penal.

Pausa excursiva: súmulas vinculantes. Súmula é a síntese ou o enunciado de um entendimento jurisprudencial extraída (extraído) de reiteradas decisões no mesmo sentido. Normalmente são numeradas. Desde a EC 45/2004 (Reforma do Judiciário) as súmulas podem ser classificadas em (a) vinculantes e (b) não vinculantes. Em regra não são vinculantes. Todas as súmulas editadas pelo STF até o advento da Lei 11.417/2006 não são vinculantes. Para serem vinculantes devem seguir rigorosamente o procedimento descrito nessa Lei, de 19.12.2006, que regulamentou o art. 103-A da CF (inserido na Magna Carta pela EC 45/2004). As principais questões que envolvem as súmulas vinculantes são as seguintes:

(a) Competência do STF: somente o STF pode aprová-las; nenhum outro tribunal do país pode fazer isso. Se o STF quiser transformar alguma súmula já editada (não vinculante) em vinculante, terá que seguir o novo procedimento legal.

(b) Súmula vinculante e súmula impeditiva de recurso: a vinculante só pode ser emitida pelo STF; a impeditiva de recurso é qualquer súmula criada pelo STF ou STJ. Por força da Lei 11.276, de 07.02.2006, que alterou o art. 518 do CPC, "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" (art. 518, § 1º, do CPC); a súmula vinculante vincula sobretudo o juiz (que é obrigado a respeitá-la); a impeditiva não limita (não

engessa) a atividade jurisdicional, podendo o juiz decidir contra a súmula; caso, entretanto, decida de acordo com seu sentido, não caberá sequer o recurso de apelação.

(c) O STF pode agir de ofício ou por provocação: a edição, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser fruto de atividade espontânea do próprio STF ou provocada por aqueles que contam com legitimidade para tanto. A Lei 11,417/2006 dispôs sobre o tema da seguinte maneira: "Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares. § 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo. § 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecurável, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal. Federal".

(d) Aprovação por 2/3 dos membros do STF: para edição ou revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante exige-se quorum qualificado (dois terços: leia-se: oito Ministros do STF); a Lei 11.417/2006 diz o seguinte: "Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. (...) § 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou

cancelamento de enunciado de súmula vinculante. § 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária. § 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo".

(e) Objeto do enunciado da súmula: O § 1º do art. 2º da referida lei diz: "O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão".

(f) Controvérsia atual: a controvérsia gerada pela norma interpretada tem que ter atualidade, tem que ser relevante no momento em que se decide pela edição da súmula;

(g) Entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública: a controvérsia tem que envolver órgãos judiciários diversos (dois tribunais, por exemplo) ou um órgão judiciário e a administração pública. Divergência só entre órgãos da administração pública não permitirá a aprovação de súmula vinculante;

(h) E que acarrete insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão: a controvérsia instalada em torno da interpretação de uma norma está gerando insegurança jurídica (e, com isso, certamente, causando prejuízos diversos) assim como multiplicação de processos;

(i) Súmula com efeito vinculante: isso significa que vinculante é não somente o sentido da súmula (o seu teor interpretativo-descritivo e imperativo), senão também os fundamentos invocados para a sua aprovação. Os fundamentos lançados nas várias decisões que autorizaram a criação da súmula também são vinculantes. Não se pode confundir eficácia erga omnes com efeito vinculante: eficácia erga omnes é a eficácia da decisão em relação a

todos (não se refere aos fundamentos da decisão); efeito vinculante: é a eficácia de decisão assim como dos fundamentos da decisão (ou, no caso das súmulas: é a eficácia do sentido interpretativo e imperativo da súmula, mais a vinculação dos fundamentos que levaram a essa súmula). Ninguém pode questionar (em casos concretos) nem o sentido interpretativo e imperativo da súmula nem os fundamentos invocados para se chegar a ela;

(j) Eficácia da súmula depois da sua publicação na imprensa oficial: a vigência da súmula é imediata, isto é, ocorre logo após a sua publicação na imprensa oficial;

(l) A súmula vincula os demais órgãos do Poder Judiciário (vincula todos os juízes, os tribunais e até mesmo as Turmas do próprio STF) assim como a administração pública, direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Como se nota, todos os órgãos do Executivo também estão vinculados. Mas ela não vincula, entretanto, o Poder Legislativo em suas funções típicas, isto é, ele pode, por lei ou por emenda constitucional, aprovar novo texto contra o sentido da súmula. E se a emenda constitucional for inconstitucional? Cabe ADIn contra ela e, nesse caso, é o STF que vai julgar a emenda inconstitucional; com isso a súmula continua tendo eficácia, normalmente; o Poder Legislativo como administração (em sua vida burocrática, orçamentária etc.) também fica vinculado à súmula vinculante;

(m) As súmulas podem ser revisadas ou canceladas na forma estabelecida em lei: quorum de 2/3 do STF, legitimidade de quem faz a proposta, publicação no Diário Oficial etc.

(n) Efeitos das súmulas vinculantes: por força do art. 4º da Lei 11.417/2006 "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".

(o) Revogação ou modificação da lei regente: o art. 5º da Lei 11.417/2006 explicita sobre o assunto o seguinte: "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". Cessada a causa, cessa seus efeitos.

(p) Suspensão dos processos: o processo em que se discute a questão debatida não será suspenso em razão de "proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante" (art. 6º da Lei 11.417/2006).

(q) Cabimento de reclamação ao STF: o art. 7º da Lei 11.417/2006 diz: " Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação". § 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas. § 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

(r) Características essenciais da súmula vinculante: (a) imperatividade (imposição de um determinado sentido normativo, que deve ser acolhido de forma obrigatória) e (b) coercibilidade (se não observada essa interpretação cabe reclamação ao STF). Não importa quem inobserva a súmula vinculante: judiciário ou executivo ou legislativo em seus atos atípicos de administração (cabe reclamação em todas as hipóteses). Julgada procedente a reclamação, determinará o STF o efetivo cumprimento da sua súmula;

(s) O juiz, quando acolhe a súmula vinculante, deve fundamentar a sua decisão? Sim, deve demonstrar que os fundamentos do caso concreto que está sob seu exame coincidem com os fundamentos das decisões que autorizaram a criação da súmula vinculante. Mas o juiz não pode decidir contra a súmula. Se fizer isso, cabe reclamação ao Supremo, que anulará o ato do juiz. O juiz, como se vê, não conta com nenhuma margem de atuação eficaz. Tudo que fizer contra a súmula, não terá valor (porque o STF vai cassar esse ato);

(t) Cabe ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade contra súmula vinculante? Não, porque as súmulas vinculantes não são formalmente lei ou ato normativo do legislativo. Caso uma súmula venha a perder sentido, será a hipótese de sua revisão ou cancelamento. Caso não esteja sendo observada, é a hipótese de reclamação. Não sendo a súmula ato normativo do legislativo (sim, só interpretativo), fica claro que ela não é fonte imediata do direito (é só fonte mediata, porque, no fundo, é uma jurisprudência sumulada).

A súmula vinculante como fonte do Direito penal: sempre nos posicionamos contra qualquer tipo de súmula vinculante. [4] Para se evitar a avalanche de recursos (repetitivos) nos Tribunais bastaria a adoção da chamada súmula impeditiva de recursos, isto é, se a decisão do Tribunal de Justiça seguisse uma súmula do STF, não seria possível a interposição de Recurso Extraordinário. Qual é a vantagem da súmula impeditiva de recurso? É que não engessa a magistratura a uma determinada interpretação dada pelo STF. Preserva a liberdade de interpretação do juiz (e, com isso, sua independência).

Na Reforma do Judiciário (EC 45/2004), entretanto, a opção do legislador acabou sendo em favor da súmula vinculante. O art. 103-A da Constituição Federal passou a possibilitar a edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei 11.417/2006. Conclusão: já não se pode duvidar que a súmula vinculante passou a constituir mais uma fonte mediata do Direito penal.

O STF pode agir, nesse sentido, de ofício ou por provocação. Fundamental é que a súmula seja aprovada por decisão de dois terços dos seus membros (oito Ministros). Sem esse quorum mínimo, não existe súmula vinculante.

Não basta, de outro lado, uma só decisão do STF. Somente após reiteradas decisões é que se pode editar uma súmula. É a jurisprudência reiterada que permite a sua elaboração. O STF pode criar súmula vinculante para fixar como obrigatória uma determinada interpretação de uma lei ordinária. O objeto da súmula necessariamente tem que ser a interpretação de uma norma. O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a

interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

A publicação da súmula na imprensa oficial é uma exigência formal imprescindível. Mesmo porque, a sua eficácia vinculante estende-se em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Depois de editada, a súmula vinculante não pode ser contrariada por nenhum membro do Executivo ou mesmo do Judiciário. O engessamento, como se vê, é total.

Nos termos do § 1º do art. 103-A da CF, "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". Todos esses requisitos formais devem ser rigorosamente observados. Primeiro constata-se a controvérsia sobre uma determinada norma constitucional, depois deve ser examinada a questão da multiplicação dos processos.

E se o juiz descumprir a súmula vinculante? Cabe, nesse caso, reclamação ao STF, que cassará prontamente essa decisão. Isso é o que ficou determinado no § 3º do art. 103-A, assim como na Lei 11.417/2006: "Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

1. Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direito Internacional Público, 2. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 291 e ss.

2. Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al derecho penal*, 4. ed., Madrid: Ramon Areces, 2006, p. 764 e ss.

3. Nesse sentido GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 202 e ss.

4. GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 190 e ss.

* Doutor em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, Mestre em Direito penal pela USP, Secretário-Geral do IPAN (Instituto Panamericano de Política Criminal), Consultor e Parecerista, Fundador e Presidente da Rede LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (1ª Rede de Ensino Telepresencial do Brasil e da América Latina - Líder Mundial em Cursos Preparatórios Telepresenciais –

Disponível em:

<http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=2008022016511669>.

Acesso em: 24 mar. 2008.