

TESE 52

Proponente: Leandro de Castro Silva

Área: Execução Criminal

Súmula: A súmula vinculante nº 05, do STF, não se aplica na execução penal.

Assunto: **Execução Penal**

Indicação do item específico das atribuições institucionais da Defensoria Pública correspondente: Art. 5º, VI, I, e VII, da Lei 988/06, *in verbis*:

"Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

...

VI - promover:

...

*l) a tutela das pessoas necessitadas, vítimas de discriminação em razão de origem, raça, etnia, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, cor, idade, estado civil, condição econômica, filosofia ou convicção política, religião, deficiência física, imunológica, sensorial ou mental, **cumprimento de pena**, ou em razão de qualquer outra particularidade ou condição;*

VII - atuar nos estabelecimentos policiais, penais e de internação, inclusive de adolescentes, visando a assegurar à pessoa, sob quaisquer circunstâncias, o exercício dos direitos e garantias individuais;" (grifo nosso)

Fundamentação jurídica

IV.1 – Súmula Vinculante e os Motivos Determinantes (limites objetivos e subjetivos)

Para Gilmar Ferreira Mendes, o texto constitucional, ao tratar das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade sugere uma distinção entre eficácia contra todos (eficácia geral ou eficácia *erga omnes*) e efeito vinculante, baseada em diferenciação oriunda do direito alemão. O instituto do efeito vinculante teria objetivo de outorgar maior eficácia às decisões proferidas pela Corte Constitucional alemã, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*). Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não lograriam evitar a reedição da lei, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal, mas o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição.[1]

No direito alemão, conforme Gilmar Ferreira Mendes, houve necessidade de evoluir do conceito de força de lei (*Gesetzkraft*) para o efeito vinculante

*(Bindungswirkung): "A convicção de que a força de lei significava apenas que a decisão produziria efeitos semelhantes aos de uma lei (gesetzähnlich) (mas não poderia ser considerada ela própria como uma lei em sentido formal e material), parece ter levado a doutrina a desenvolver instituto processual destinado a dotar as decisões da Corte Constitucional de qualidades outras não contidas nos conceitos de coisa julgada e de força de lei. Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a idéia que elas não se limitam à parte dispositiva da decisão (Tenor; Entscheidungsformel), sustenta o Bundesverfassungsgericht que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (tragende Gründe)."***[2]** Nessa linha, ainda segundo Mendes, efeito vinculante teria um sentido diferente: "Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva (Tenor) e dos fundamentos determinantes (tragende Gründe) sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros"**[3]**

Portanto, súmula com efeito vinculante ou, mais sinteticamente, súmula vinculante é a súmula que possui o efeito vinculante, o qual é entendido nos termos anteriormente expostos, ou seja, é uma súmula caracterizada pela imperatividade e coercibilidade, cujo efeito, por um lado, diz respeito não somente ao preceito (prescrição, disposição ou norma) contido no texto da súmula vinculante, mas também aos seus fundamentos determinantes (motivos determinantes, *ratio decidendi* ou *tragende Gründe*), e, por outro, estende o alcance objetivo para além do caso singular e do momento em que foi prolatada a decisão definitiva de mérito ou do momento e dos casos que seviram de base à súmula vinculante, atingindo também os atos a produzir (ou os casos a ocorrer, na hipótese de súmula vinculante) de igual teor no futuro. Diversamente do que ocorre com as súmulas não-vinculantes, a súmula vinculante possui as características da imperatividade e da coercibilidade com relação aos órgãos sujeitos à vinculação, que são típicas das normas jurídicas em geral. A imperatividade das súmulas vinculantes, enquanto normas explicativas, declarativas ou interpretativas, consiste na imposição de determinado sentido a outras normas jurídicas. A coercibilidade consiste na possibilidade de se utilizar a reclamação perante o Supremo Tribunal Federal para garantir a aplicação da súmula vinculante.**[4]**

Lenio Luiz Streck conclui:

"Conceder efeito vinculante a um sentido, construído-se um sentido petrificado (ponto fixo de sentido) é desconsiderar outras possibilidades hermenêuticas do sistema. Não se pode deixar de referir que interpretar é sempre um ato de aplicação. Um texto só adquire sentido no seu contexto (é a noção de ser-em da ontologia fundamental). Ou seja, à luz da ontologia fundamental (e, portanto, da Nova Crítica do Direito, que nasce dessa matriz teórica), o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser (naquele ser, portanto, naquele sentido). Torna-se recorrente a questão da diferença ontológica, pela qual não se pode separar a questão de direito da questão de fato, tese desenvolvida à saciedade de Castanheira Neves. Do mesmo modo, não se pode separar legalidade de constitucionalidade, essência de aparência, etc. O efeito vinculante, por ser metafísico nas hipóteses em que não ocorre nulificação (nulidade da lei a partir da retirada de sua eficácia do sistema),

alça esse sentido -vinculante- a uma universalidade de sentido, como se houvesse um sentido entificado à disposição do sujeito, para ser acoplado a partir de um processo cognoscente, aos entes (textos, fatos, coisas em geral) dispersos no mundo. Por tudo isso, é insustentável o efeito vinculante de sentidos positivos dados aos textos normativos, porque esse sentido (declaração de constitucionalidade, sentença que rejeita uma ação de inconstitucionalidade, a interpretação conforme e o residual da nulidade parcial sem redução de texto), ao vincular/obrigar o restante do sistema jurídico, provoca o congelamento (entificação do ser) de todos os demais sentidos que exsurtem do processo hermenêutico, impedindo o aparecer da singularidade dos casos. Ora, os casos concretos (como se costuma nominá-los) estão ali como tais; se lhes tira o caráter de significado singular, ocorre uma de-significação, a partir de uma desvivência do mundo, relegando-se a um resto, ao abismo do Dasei. Afinal, a própria dogmática jurídica apregoa que, no processo de interpretação do Direito, sempre devemos levar em conta o caso concreto? Pois é esse caso concreto, vingando o efeito vinculante, que ficará obnubilado pela petrificação de sentido produzido pelo efeito vinculante. A hermenêutica jurídica volta, assim, à pré-modernidade.”[5]

Desse modo, também não há violação, *a priori*, dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV, CR), pois o cabimento ou não da aplicação da súmula vinculante pode ser discutido, em contraditório, dentro de cada processo, o qual não está impedido de nascer, e a defesa poderá se defender amplamente, inclusive com os meios necessários, como a reclamação ao STF para demonstrar que a súmula foi ou não aplicada indevidamente.

O enunciado da súmula vinculante é um texto e, portanto, também é sujeito à interpretação, conforme vimos anteriormente com a aplicação de uma hipotética súmula vinculante sobre prisão provisória. O juiz não é um autômato aplicador do texto da súmula vinculante – ele deverá examinar se o preceito e o fundamento determinante de súmula vinculante são aplicáveis ao caso concreto *sub judice*. Portanto, entendemos que é incompatível com o estado democrático de direito que se possa controlar o juiz com ameaça de sanções penais, administrativas e civis pela mera não aplicação de súmula vinculante, o que normalmente não ocorre mesmo diante da não aplicação de norma contida em lei em sentido estrito. Isso violaria princípios constitucionais como o princípio da independência e o princípio da motivação das decisões judiciais. Deve haver muita prudência para que, em nome da eficiência das funções jurisdicionais, não se transforme o Estado brasileiro num violador de direitos fundamentais, o que facilmente poderia ocorrer com a irrefletida aplicação do texto de súmula vinculante.

IV. 2 – Leading Case

Conforme se extrai dos precedentes que deram ensejo a edição da súmula vinculante nº 5, os motivos determinantes da edição do ato foram processos administrativos disciplinares que tramitaram perante Administração Pública Federal, nos quais os servidores processados foram devidamente notificados para exercerem

o direito de defesa e, por opção, exerceram autodefesa, notadamente diante do preceito contido no art. 156, da Lei 8.112/90. Contudo, tal previsão é insuficiente para aplicação no âmbito da execução penal.

IV. 3 – A Execução Penal como Desdobramento da Relação Jurídico-Penal

É cediço que o processo de execução penal possui natureza jurisdicional. Findo o processo penal de conhecimento, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, permanece na execução penal o efetivo exercício da tutela jurisdicional.

Nos termos do artigo 2º da LEP, o processo de execução deverá reger-se pelos dispositivos contidos na Lei de Execução Penal, bem como pelo Código de Processo Penal, de modo que se asseguram ao condenado todos os princípios e regras básicas que o acusado possui na fase cognitiva. Dessa forma, vê-se garantido a aplicação do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, do direito a prova, e todos os demais direitos garantidos pela lei material e processual. [6]

Desta feita, o procedimento administrativo, em nenhuma hipótese, deverá ser comparado ao judicial, aqui incluídos o processo e a execução penal. Tanto é assim que, mesmo quando se conclui administrativamente pela sanção do condenado, pode o magistrado rever tanto sanção imposta, quanto as conseqüências a ela imputadas. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci. [7]

Destarte, deverá o magistrado, no exercício da jurisdição, ou seja, *do poder dever de dizer o direito*, observar o regramento jurídico estabelecido na legislação, que, no caso em tela, é ditado pela Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, dispõe a melhor doutrina: *"impossível dissociar-se o Direito de Execução Penal do Direito Penal e do Processo Penal, pois o primeiro regula vários institutos de individualização da pena, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de se regular o procedimento da Execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras" [8].*

Dessa forma, inviável imaginar o processo de execução penal distante da atuação do poder judiciário, seja qual for a hipótese.

IV.4 – Conclusão

Sendo a execução penal desdobramento da relação jurídico-penal, insuficiente se mostra a aplicação da súmula vinculante nº 5, no âmbito da execução da pena, notadamente diante da inviabilidade do exercício da autodefesa pelo próprio sentenciado, seja pela seletividade do sistema ou pela inerente restrição de liberdade.

Ademais, ter-se-á de recorrer às referências da súmula para dirimir eventual dúvida sobre o seu exato significado. Tais referências são importantes também no que diz respeito à eventual distinção ou distinguishing que se tenha de fazer na aplicação da súmula vinculante.[9]

Trata-se, pois, da consagração dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que proporcionam ao condenado a oportunidade de valer-se das garantias legais as quais faz jus, retratando-se assim, o Estado Democrático de Direito.

Fundamentação fática

É tema corrente na atuação em processos de execução penal a aplicação de súmula vinculante nº 05, que aduz ser prescindível a defesa técnica no procedimento administrativo disciplinar. Visando dar interpretação que melhor se coaduna com a recuperação da dignidade, à reeducação e à reintegração do condenado, tem a presente tese a intenção de impor a defesa técnica em todas as fases do procedimento administrativo disciplinar.

Sugestão de operacionalização

Aplicação em todos os processos de execução penal, notadamente como preliminar de nulidade nos procedimentos administrativos disciplinares.

[1] Feitoza, Denilson. Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis, Ed. Impetus, 6ª edição, pág. 90.

[2] Mendes, O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, jul.2000

[3] Mendes, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas, jul.2000.

[4] Feitoza, Denilson. Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis, Ed. Impetus, 6ª edição, pág. 94.

[5] Streck, Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito, 2004, p. 652-3.

[6] NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. rev. atual. e ampl. Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 944.

[7] ibidem, p. 961.

[8] Ibidem, p. 982.

[9] Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2ª edição, pág. 968.