Fabiana das Graças Alves Garcia

SÚMULAS VINCULANTES EM MATÉRIA PENAL: Uma análise dos dois primeiros enunciados editados de ofício pelo STF e sua repercussão na realidade forense brasileira

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação da Professora Marta Cristina Cury Saad Gimenes

SÃO PAULO
2010

Sumário

Apresentação 8

PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA, METODOLOGIA EMPREGADA E CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS SÚMULAS VINCULANTES, DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E DAS RECLAMAÇÕES

1. Contextualização do tema 9

2. Metodologia 13

3. Considerações acerca da relevância dos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais severa para o Direito Penal 16

4. Situando-se em relação ao ajuizamento de reclamações em razão de descumprimento ou aplicação indevida de súmulas vinculantes.....18

PARTE II – ANÁLISE DO MATERIAL SELECIONADO

5. Súmula vinculante nº 9 22

5.1. Enunciado 22

5.2. Análise dos precedentes 22

5.2.1. RE 452.994-7/RS 22

5.2.2. HC 90.107-7/RS.....23

5.2.3. HC 91.084-0/SP 25

5.2.4. Embargos Decl. no Ag. Reg. no AI 570.188-3/RS 26

5.2.5. Agravo Regimental no AI 580.259-1/RS 28

5.2.6. HC 92.791-2/RS 29
5.3. Debates para a aprovação da SV nº 9 31
5.4. Interpretação dos órgãos reclamados acerca da SV nº 9 e sua aplicação 34
5.5. Interpretação dos reclamantes acerca da SV nº 9 e sua aplicação 38
5.6. Interpretação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo acerca da SV nº 9 e sua aplicação 40
5.7. Análise das reclamações ajuizadas em razão de contrariedade ao enunciado da SV nº 9 ou de sua aplicação indevida 42
5.7.1. Rcl. 6541/SP – formação de um precedente 44
5.7.2. Análise das demais reclamações 48

6. Súmula Vinculante nº 11 62
6.1. Enunciado 62
6.2. Análise dos precedentes 62
6.2.1. RHC 56.465-8/SP 62
6.2.2. HC 71.195-2/SP 64
6.2.3. HC 89.429-1/RO 65
6.2.4. HC 91.952-9/SP 71
6.3. Debates para aprovação da SV nº 11..... 80
6.4. Propostas externas de cancelamento da SV nº 11 86
6.4.1. PSV nº 13 87
6.4.2. PSV nº 16 89
6.5. Análise das reclamações ajuizadas em razão de contrariedade ao enunciado da SV nº 11 ou de sua aplicação indevida 90
6.5.1. Rcl. 7814/RJ – julgamento pelo Tribunal Pleno 91

6.5.2. Demais reclamações 92

7. Conclusões 107

Bibliografia 112

Agradecimentos

A presente monografia foi resultado de um ano de intensa dedicação ao curso da Escola de Formação e ao curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O esforço por mim empreendido, contudo, não teria resultado nos frutos aqui presentes caso não houvesse o apoio incondicional e a importante presença de pessoas muito queridas. Daí a relevância de dedicar-lhes algumas palavras como forma de agradecimento.

Em primeiríssimo lugar, agradeço à minha família, em especial na figura de minha mãe, Helena, que sempre me incentivou a estudar e a perseguir as minhas metas, possibilitando, com muito carinho e compreensão, o meu pleno desenvolvimento.

Agradeço também a meu marido, Lúcio, companheiro de todas as horas, que muito me apoiou a estudar Direito e a fazer a Escola de Formação e que, sempre com muita paciência, participou de vários debates jurídicos madrugadas adentro.

Gostaria de agradecer também à Professora Marta Saad Gimenes pela orientação e pelas importantes contribuições a esta pesquisa, aos coordenadores da Escola de Formação da SBDP, Henrique Motta Pinto, Paula Gorzoni e Filippi Marques, pela dedicação e comprometimento com o aprendizado da turma de 2010, e aos alunos desse grupo tão especial, pela amizade e pela contribuição para minha formação jurídica.

Dedico esta pesquisa e todo o esforço aqui empreendido a meu filho Luis Felipe, que, com sua alegria contagiante, tornou os meus dias mais leves e fez com que tudo tivesse mais sentido.

Resumo: A discussão doutrinária acerca das peculiaridades da edição de súmulas vinculantes em matéria criminal despertou o interesse em relação ao estudo de como esse novo mecanismo de uniformização da jurisprudência nacional tem sido, de fato, empregado pelo STF. A pesquisa da jurisprudência consolidada pela Corte através de enunciados vinculantes e relacionada ao direito penal e processual penal resultou na identificação de cinco verbetes, dos quais os dois primeiros - quais sejam as Súmulas Vinculantes 9 e 11, que versam, respectivamente, sobre a perda dos dias remidos pelo trabalho e sobre a excepcionalidade do uso de algemas - foram analisados no presente trabalho. O objetivo dessa análise é identificar os motivos que levaram o STF a editar tais enunciados, o entendimento consolidado pelo Tribunal e a sua relação com os precedentes nos quais se basearam, bem como delinear a repercussão de tais súmulas na realidade forense brasileira e o grau de eficácia atribuído às interpretações sumuladas através do exame das reclamações ajuizadas perante a Corte em razão de contrariedade ou aplicação indevida daqueles enunciados. Com isso, pretendemos enriquecer o debate sobre a utilização desse instrumento de pacificação do entendimento jurisprudencial pátrio em matéria criminal, fornecendo-lhe dados empíricos.

Acórdãos citados: AI 570.188 AgR-ED; AI 580.259 AgR; RE 452.994-7/RS; HC 71.195-2/SP; HC 89.429-1/RO; HC 90.107-7/RS; HC 91.084-0/SP; HC 92.791-2/RS; RHC 56.465-8/SP; HC 91.952-9/SP.

Reclamações relacionadas à SV nº 9: Rcl. 6541/SP; Rcl. 6737/SP; Rcl. 6738/SP; Rcl. 6739/SP; Rcl. 6752/SP; Rcl. 6780/SP; Rcl. 6791/SP; Rcl. 6852/SP; Rcl. 6854/SP; Rcl. 6857/SP; Rcl. 6859/SP; Rcl. 6946/SP; Rcl. 6947/SP; Rcl. 6950/SP; Rcl. 7099/SP; Rcl. 7100/SP; Rcl. 7101/SP; Rcl. 7102/SP; Rcl. 7243/SP; Rcl. 7245/SP; Rcl. 7248/SP; Rcl. 7358/SP; Rcl. 7359/SP; Rcl. 7452/SP; Rcl. 7556/SP; Rcl. 7680/SP; Rcl. 7826/SP; Rcl. 7920/SP; Rcl. 7965/SP; Rcl. 8061/SP; Rcl. 8321/SP; Rcl. 8893/SP; Rcl. 8961/SP; 8966/RS; Rcl. 9008/RS; Rcl. 9110/RS; Rcl. 9287/SP; Rcl.

9288/SP; Rcl. 9289/SP; Rcl. 9290/SP; Rcl. 9291/SP; Rcl. 9293/SP; Rcl. 9321/RJ; Rcl. 9322/MS; Rcl. 9327/RJ; Rcl. 9749/SP; Rcl. 9889/SP; Rcl. 9890/SP; Rcl. 10145/RS.

Reclamações relacionadas à SV nº 11: Rcl. 6493/SP; Rcl. 6540/DF; Rcl. 6564/DF; Rcl. 6565/DF; Rcl. 6742/DF; Rcl. 6781/PA; Rcl. 6797/DF; Rcl. 6870/GO; Rcl. 6919/DF; Rcl. 6928/PR; Rcl. 6962/SP; Rcl. 6963/SP; Rcl. 7046/SP; Rcl. 7116/PE; Rcl. 7165/SP; Rcl. 7268/DF; Rcl. 7361/SP; Rcl. 7437/SP; Rcl. 7562/RJ; Rcl. 7570/PR; Rcl. 7574/SP; Rcl. 7591/SP; Rcl. 7675/MT; Rcl. 7814/RJ; Rcl. 7819/DF; Rcl. 7926/MG; Rcl. 7943/SP; Rcl. 7961/MG; Rcl. 8032/SP; Rcl. 8084/MS; Rcl. 8148/RJ; Rcl. 8333/RS; Rcl. 8409/MG; Rcl. 8687/SC; Rcl. 8693/SP; Rcl. 8914/MG; Rcl. 8945/GO; Rcl. 9086/PA; Rcl. 9276/PR; Rcl. 9419/RJ; Rcl. 9420/RJ; Rcl. 9469/RJ; Rcl. 9470/RJ; Rcl. 9632/SP; Rcl. 9692/SP; Rcl. 9743/SP; Rcl. 9877/DF; Rcl. 9880/PR; Rcl. 10248/SP.

Palavras-chave: Súmulas vinculantes; direito penal; uniformização da jurisprudência; reclamação; uso de algemas; remição de pena.

Apresentação

Na presente monografia[1], examinaremos a edição de enunciados com força vinculante sobre matéria criminal pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e sua repercussão na realidade forense brasileira.

Analisaremos os dois primeiros verbetes vinculantes editados de ofício por nossa mais alta Corte sobre questões de Direito Penal e Processual Penal, quais sejam as Súmulas Vinculantes (SVs) 9 e 11, bem como as reclamações ajuizadas perante esse Tribunal em razão de contrariedade ou aplicação indevida de tais enunciados.

Na primeira parte deste trabalho, apresentaremos a metodologia seguida para a seleção do material a ser analisado, bem como para o tratamento dos dados e faremos algumas considerações sucintas acerca do papel desempenhado pela jurisprudência nos dias atuais, das controvérsias em torno da introdução das súmulas vinculantes em nosso ordenamento, assim como sobre o uso de reclamações com a finalidade de garantir a eficácia do entendimento sumulado pelo STF.

Na segunda parte, analisaremos o material selecionado, a fim de identificar os motivos que levaram o STF a editar as Súmulas Vinculantes 9 e 11, o entendimento consolidado pelo Tribunal e sua relação com a motivação dos precedentes nos quais as súmulas se basearam, bem como a repercussão do enunciado vinculante na realidade forense brasileira e o grau de eficácia que a Corte tem atribuído à interpretação por ela consolidada.

[1] Foram incorporadas a esta versão da monografia as sugestões apresentadas pelas arguidoras Marta Cristina Cury Saad Gimenes e Carolina Cutrupi, durante a banca examinadora do dia 09/12/2010, na Sociedade Brasileira de Direito Público.

PARTE I – CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA, METODOLOGIA EMPREGADA E CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DAS SÚMULAS VINCULANTES, DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E DAS RECLAMAÇÕES

1. Contextualização do tema

Muito embora a jurisprudência não seja uma fonte formal de direito, é inegável o papel por ela desempenhado, uma vez que revela a importante função criadora resultante da atividade judicial. Isso porque a aplicação de qualquer texto legal aos casos concretos pressupõe uma etapa imprescindível de interpretação dos enunciados que o compõem e envolve certo grau de criatividade por parte dos magistrados no desempenho de sua função de delimitar o alcance do direito a ser aplicado aos casos por eles apreciados.

No cenário jurídico atual em que essa contribuição jurisprudencial tem sido considerada cada vez mais relevante, destaca-se a atuação do STF, que, especialmente a partir da promulgação da Constituição de 1988 (CF/88), tem se consolidado como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, isto é, tribunal de última instância e que, simultaneamente, desempenha a relevante função de guardião da Constituição. Nas últimas décadas, tem ganhado ainda mais relevo seu papel não somente na uniformização da interpretação dos dispositivos de nossa Carta Maior em si, bem como a sua função de dar a palavra final em debates jurídicos sobre os mais variados temas, colocando fim a divergências jurisprudenciais de tribunais inferiores que não necessariamente se referem a questões estritamente constitucionais.

Na esteira desse processo de valorização cada vez maior das decisões proferidas pelo STF e com a finalidade de se conquistar um grau mais elevado de segurança jurídica, a Emenda Constitucional nº 45/2004 (EC nº 45/2004) reveste-se de grande importância por haver introduzido o

instituto das súmulas vinculantes em nosso ordenamento ao inserir o artigo 103-A na Constituição da República, com a seguinte redação:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar 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 estabelecida na lei.
>
> §1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

A inserção de tais súmulas em nosso sistema representa a tentativa de assegurar a uniformidade de interpretação de determinados textos normativos com a finalidade de garantir maior segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei aos casos concretos. Estes enunciados vinculam todos os tribunais, assim como a administração direta e indireta, aos entendimentos construídos pela Corte Suprema brasileira através de seus reiterados julgamentos sobre questão idêntica, representando uma relevante tentativa de uniformizar a jurisprudência pátria.

Muito embora o objetivo de tais súmulas seja, idealmente, garantir uma melhor prestação jurisdicional através da realização da justiça de forma igualitária para os jurisdicionados em situação idêntica, bem como reduzir a quantidade de processos em tramitação em nossa Corte Suprema, a doutrina nacional não é unânime no que se refere à avaliação de sua adoção, podendo ser encontradas posições antagônicas no tocante à contribuição destes enunciados para o funcionamento do sistema jurídico brasileiro.[2]

[2] A introdução de súmulas vinculantes gerou certa polêmica em nosso país. Por ser um instituto recentemente adotado por nosso ordenamento, ainda não há um entendimento

A discussão sobre a utilização deste mecanismo de uniformização jurisprudencial introduzido em nosso ordenamento pela EC nº 45/04 tem se dado predominantemente no plano teórico, através de debates doutrinários. Seus defensores[3] alegam que o efeito vinculante atribuído a estes enunciados é essencial para garantir a segurança jurídica e evitar uma desnecessária multiplicação de processos sobre as mesmas questões de direito nas diversas instâncias do Poder Judiciário. Isso porque a vinculação de todos os juízes ao entendimento legal consolidado pelo STF resultaria na obrigatoriedade de decidir conforme a jurisprudência deste tribunal, mesmo quando os magistrados dela discordassem, impedindo a continuidade de grande parte dos litígios judiciais e resultando em uma redução significativa do número de processos repetidos em tramitação. Contudo, muitos operadores do direito ressaltam o risco de engessamento do Judiciário, uma vez que entendem que a adoção de súmulas vinculantes impede a inovação jurisprudencial, transformando as decisões dos tribunais inferiores em simples cópias dos julgamentos já realizados pelo STF, de maneira que esta situação levaria a uma paralisia na evolução e interpretação do Direito.[4]

A utilização de súmulas vinculantes sobre matéria penal suscita questões distintas e muitas outras críticas por parte dos estudiosos,[5] como conseqüência das especificidades dos princípios norteadores do direito penal

---

pacificado quanto aos reais efeitos de sua utilização. Não cabe aqui entrarmos em tais debates, mas apenas situar o leitor de que o estudo das implicações concretas da adoção das referidas súmulas, longe de estar completo, ainda necessita receber maior atenção por parte dos pesquisadores do direito.

[3] Dentre os juristas que defendem o emprego de súmulas vinculantes, devemos destacar: DINAMARCO, Cândido Rangel. "Decisões vinculantes". Revista de Processo. São Paulo. V. 25. N.100. out/dez, 2000. P. 166-185; GOMES, Mariangêla Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vincula*ntes. São Paulo: Atlas, 2008. Em sua obra específica sobre interpretação jurisprudencial em matéria penal, a referida autora defende que: "a recente introdução de súmulas vinculantes no ordenamento jurídico pode significar um importante passo na direção da minimização dos efeitos danosos que uma jurisprudência aleatória gera à credibilidade da Justiça e à segurança dos cidadãos. Apesar do pouco respeito com que o Poder Judiciário brasileiro trata as tradicionais súmulas de jurisprudência (com efeito meramente persuasivo), esse novo instituto – a exemplo de experiências no direito estrangeiro – apresenta grande potencialidade para promover a igualdade de todos no momento da aplicação da lei", p. 172 e 173.

[4] Dentre aqueles que se posicionam contra a utilização de súmulas vinculantes, encontram-se GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997, p. 190 e ss.

[5] Conferir: TEBET, Diogo. *Súmula vinculante em matéria criminal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010, e GOMES, Luiz Flávio. Súmulas vinculantes em matéria criminal. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/ 17805/17369, acesso em 10 de agosto de 2010.

e processual penal, tais como o princípio da legalidade, da taxatividade e da irretroatividade da norma penal, que, para muitos operadores do direito, além de representarem freios ao poder punitivo estatal, consistiriam em verdadeiros óbices à utilização de tais enunciados vinculantes nesses ramos do direito.[6]

Diante da concretização das súmulas vinculantes pelo STF, com a edição de cinco delas especificamente sobre matéria penal,[7] surge o questionamento acerca de como este instrumento de uniformização de jurisprudência tem sido utilizado pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. Para além do questionamento acerca da observância dos requisitos formais para a edição das referidas súmulas, devemos nos indagar se o Tribunal realmente conseguiu uniformizar a jurisprudência nacional, conferindo maior previsibilidade às decisões judiciais relacionadas às questões tratadas em seus verbetes vinculantes e sobre a repercussão desses enunciados na realidade forense brasileira.

Nesse sentido, este trabalho buscou identificar como tem ocorrido a utilização de súmulas vinculantes em matéria penal, por meio da análise das contribuições e eventuais problemas suscitados pelo emprego de tais súmulas, bem como de seu impacto na realidade forense, através do levantamento das reclamações referentes a violações desses verbetes pretorianos e do exame de seus julgamentos pelos ministros do STF. O presente estudo também se ateve às interpretações que os diferentes operadores do direito conferiram aos enunciados dos verbetes vinculantes, a fim de que pudéssemos aferir se a jurisprudência, de fato, foi pacificada pela atuação do STF.

Nossa pesquisa objetivou extrapolar as análises puramente teóricas acerca das conseqüências da utilização das súmulas vinculantes em matéria criminal e, subsidiariamente, realizar a atividade de controle social do STF,

---

[6] Em monografia dedicada a este tema, Diogo Tebet chega a defender a total e completa impossibilidade de aplicação das súmulas vinculantes em sede criminal, por entender que, seguindo uma interpretação lógica dos princípios do Direito Penal, concluir-se-ia ser impensável que tais enunciados vinculantes pudessem ser indiscriminadamente aplicados a questões criminais. TEBET, Diogo, op.cit.

[7] Tratam de matéria penal as súmulas vinculantes nºs 9, 11, 14, 24 e 26.

uma vez que, se as decisões desta corte não são passíveis de revisão dada a inexistência de instância superior a ela, acreditamos que cabe à própria sociedade fiscalizar a atuação do referido tribunal.

2. Metodologia

Neste tópico, será descrito sucintamente como se deu o processo de pesquisa sobre a utilização de súmulas vinculantes em matéria penal, além de como foi realizada a limitação do universo de dados analisados.

Inicialmente, o intuito da pesquisa consistia em traçar as linhas gerais da contribuição do STF para o desenvolvimento do direito penal brasileiro. Dada a amplitude do problema formulado em um primeiro estágio de elaboração do projeto de pesquisa, surgiu a necessidade de se realizar um recorte que permitisse, com maior segurança, traçar considerações mais precisas acerca do papel desempenhado pela Suprema Corte brasileira na seara penal.

A leitura dos debates para aprovação da Súmula Vinculante nº 11 (SV nº 11), sobre o uso de algemas, em uma das aulas da Escola de Formação (EF), apresentou-nos um problema mais específico relacionado ao tema geral de nosso interesse, uma vez que se tratava de uma hipótese de atuação direta do STF na construção do sentido das normas penais, através da elaboração de um enunciado com o poder de vincular todos os demais órgãos do Judiciário e da administração direta e indireta ao entendimento da Corte.

Partindo-se, então, da análise das súmulas vinculantes no *site* do STF, chegamos àquelas relacionadas especificamente a questões penais, quais sejam as Súmulas Vinculantes nº 9, 11, 14, 24 e 26, bem como aos seus precedentes.[8] A leitura desse material teve como objetivo não apenas realizar um recorte metodológico da jurisprudência que seria analisada, mas

[8] Súmulas vinculantes 1 a 29 e 31 – Versão em PDF. Documento disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_1_a_29_e_31_da_Sumula_Vinculante.pdf. Acesso em 15 de junho de 2010.

também compreender quais as questões jurídicas que teriam levado o Tribunal a lançar mão desse novo instrumento de uniformização da jurisprudência pátria em matéria penal e verificar se, de fato, havia controvérsia jurídica e reiterados julgados no mesmo sentido que justificassem o emprego desses verbetes vinculantes.

Contudo, ao iniciar o exame do material contido no sítio eletrônico do STF, constatamos que, em razão de as súmulas consistirem em um enunciado, que, como tal, também está sujeito a interpretações, o estudo de sua utilização necessariamente deveria incluir a análise das reclamações ajuizadas por seu descumprimento, a fim de que pudéssemos averiguar em que medida o verbete eliminou as divergências de interpretação acerca das normas jurídicas de que tratavam e se o Tribunal manteve e realmente fez valer o entendimento consolidado em seus enunciados sumulares.

Definimos, então, como objeto de pesquisa a análise do emprego de súmulas vinculantes em matéria penal e sua repercussão na realidade forense brasileira através das reclamações ajuizadas em razão de desobediência ou aplicação inadequada de seu conteúdo. Para isso, realizamos um levantamento de todas as reclamações ajuizadas por conta de contrariedade em relação ao conteúdo das referidas súmulas ou de sua aplicação indevida através da utilização da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no *site* do STF,[9] utilizando a expressão "reclamação" e selecionando, no campo *legislação*, o item "súmula vinculante" e os seus devidos números. Cabe ressaltar que, em nosso levantamento, procuramos tanto acórdãos como decisões monocráticas.

Todavia, dado o grande número de acórdãos relacionados aos precedentes das súmulas e de decisões referentes às reclamações ajuizadas com relação a cada uma delas, para que nossa análise pudesse ser mais aprofundada do ponto de vista qualitativo,[10] selecionamos as duas primeiras

---

[9] A ferramenta encontra-se disponível na página inicial no seguinte endereço: www.stf.gov.br.

[10] Da perspectiva qualitativa, interessava-nos identificar as questões de direito controversas em nosso ordenamento e a interpretação a elas conferida pelo STF, bem como o entendimento que os demais órgãos da Administração e do Judiciário construíram a respeito do conteúdo dos verbetes.

súmulas vinculantes em matéria especificamente penal editadas de ofício pelo Supremo Tribunal Federal, quais sejam as súmulas nº 9 e 11,[11] que tratam, respectivamente, da possibilidade da perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave pelo condenado e da excepcionalidade do uso de algemas.

O recorte temporal adotado consistiu no período imediatamente posterior à publicação das referidas súmulas até a data de 15 de setembro de 2010[12]. Em outras palavras, trabalhamos aqui com as reclamações que já haviam sido, de algum modo, apreciadas pela Corte - tanto nos casos em que o Tribunal somente havia realizado mero juízo de admissibilidade, como também naqueles em que já havia analisado eventuais pedidos de liminar e/ou realizado o julgamento de mérito – e cujas decisões já houvessem sido publicadas em seu *site* oficial até a data mencionada.

A partir da coleta desses acórdãos e decisões monocráticas, elaboramos fichas com as informações mais pertinentes acerca de cada caso, com base nas quais, posteriormente, elaboramos as tabelas para tratamento dos dados que serão apresentados no corpo do trabalho.

As análises com os pontos principais de cada precedente das súmulas vinculantes examinadas foram deliberadamente dispostas no corpo dos capítulos que versam sobre elas, uma vez que acreditamos não ser possível realizar o estudo desse instrumento de uniformização jurisprudencial e sua repercussão na realidade forense sem ter conhecimento dos julgamentos nos quais os enunciados se basearam, além do fato de nos referirmos, com certa freqüência, às razões de decidir daqueles julgamentos.

Por fim, diante de todas as considerações aqui realizadas, devemos ressaltar que o intuito do estudo aqui empreendido não foi colocar em xeque nenhum posicionamento doutrinário ou crítica elaborada em abstrato ao emprego das súmulas vinculantes em matéria penal, mas sim examinar

---

[11] Vale ressaltar que o estudo das súmulas vinculantes em matéria penal aqui iniciado será completado através da realização da análise das demais súmulas, quais sejam as de números 14, 24 e 26, no trabalho de conclusão de curso ("Tese de Láurea") a ser apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2011.

[12] A SV nº 09 foi publicada em 20 de junho de 2008, ao passo que a SV nº 11 teve sua publicação oficial em 22 de agosto de 2008.

de maneira concreta a repercussão da edição desses enunciados vinculantes na realidade forense brasileira e sua contribuição efetiva para a uniformização da jurisprudência em matéria penal.

3. Considerações acerca da relevância dos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais severa para o Direito Penal[13]

Há muito se tem procurado evitar subjetivismos na aplicação do direito, afastando, com isso a ocorrência de discriminações arbitrárias por parte do Estado-juiz.

Nesse contexto, no final do Antigo Regime, ganhou força o princípio da legalidade ou da reserva legal, cuja finalidade precípua era substituir a insegurança jurídica caracterizada por interferências arbitrárias do Estado através de possíveis discriminações pela elaboração de textos legais escritos, claros, precisos, abstratos e gerais, garantindo que a aplicação das normas passasse a ocorrer de modo objetivo, em respeito à igualdade de tratamento dos cidadãos.

No campo do Direito Penal, este princípio ganhou traços mais específicos, passando, então, a vigorar o princípio da estrita legalidade ou da taxatividade, que impõe que os comportamentos apenáveis sejam típicos, isto é, estejam prévia e minuciosamente prescritos em lei, não podendo haver, assim, crime nem pena sem expressa previsão legal – requisito este que acabou sendo positivado em diversos ordenamentos, como se pode constatar da leitura do art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88. Em outras palavras, em sistemas jurídicos como o brasileiro, somente via

[13] Mencionamos anteriormente que o emprego de súmulas vinculantes em matéria criminal suscita outros questionamentos oriundos das especificidades dos princípios do direito penal. Com o intuito de situar o leitor na discussão, optamos por discorrer brevemente sobre a relevância dos princípios da legalidade e da irretroatividade da norma penal mais severa nesse campo do direito.

processo legislativo, pode o Estado criar novas figuras delitivas baseadas em condutas com capacidade de violação de bens jurídicos, sendo que as normas jurídicas editadas devem ser certas, claras e precisas, ou seja, com conteúdo inequívoco, a fim de que ofereçam uma descrição do fato punível que possibilite facilmente o reconhecimento da correspondência de condutas concretamente realizadas ao tipo incriminador, de maneira a reduzir a discricionariedade dos magistrados no momento da aplicação de tais normas.

Vale destacar que a aplicação do princípio da legalidade estrita, para muitos estudiosos, deve ser estendida também ao processo penal, uma vez que constitui não apenas uma garantia essencial de liberdade e objetiva justiça, mas também visa a garantir a proteção dos direitos individuais.[14]

Ainda com relação ao princípio da legalidade penal estrita e à garantia da certeza do direito, cabe ressaltar que se encontram intimamente relacionados a outro princípio igualmente relevante na esfera penal, qual seja o da irretroatividade. Este princípio representa uma segurança ao cidadão, que pode contar com a garantia de que não será punido ou de que não o será de modo mais severo, por fatos que não eram apenados ou o eram de maneira mais branda no momento em que foram cometidos.

Não constitui novidade no campo dos estudos do direito que a liberdade de agir dos indivíduos e a necessidade de que estes possam ponderar os efeitos de suas ações somente podem ser efetivamente garantidas se as normas jurídicas não puderem estender sua validade a fatos ocorridos antes de sua promulgação. Isso porque a retroatividade da lei resultaria em uma situação na qual a conduta é praticada em um momento em que se verifica a mais absoluta impossibilidade do indivíduo conhecer os futuros dispositivos legais e, assim, prever suas conseqüências, o que faria com que as leis perdessem o seu atributo de generalidade e deixassem de ser abstratas, passando a ser opressoras.

No tocante à impossibilidade de se criar ou alterar tipos penais por

[14] Este é o posicionamento defendido, por exemplo, por Diogo Tebet, op.cit., p.171.

qualquer outro meio que não as normas legais, vale mencionar o magistério do renomado penalista Nélson Hungria que assim dispunha:

> A fonte única do direito penal é a norma legal. Não há direito penal vagando fora da lei escrita.
>
> (...)
>
> 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 reprovação 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.[15]

Em se tratando, então, de matéria penal, dada a especificidade dos princípios aqui brevemente mencionados, não caberia, segundo alguns estudiosos, a edição de súmulas através das quais um tribunal pudesse alargar ou modificar o conteúdo de tipos penais, impondo coercibilidade normativa a seu entendimento jurisprudencial.

4. Situando-se em relação ao ajuizamento de reclamações em razão de descumprimento ou aplicação indevida de súmulas vinculantes

Uma vez que o ponto central de nossa pesquisa consiste na análise

[15] HUNGRIA, Nélson, *Comentários ao código penal*. v. I. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.11 e 12.

de reclamações ajuizadas em decorrência de contrariedade ou aplicação indevida das súmulas vinculantes 9 e 11 editadas pelo STF, entendemos ser extremamente relevante situar o leitor a respeito da função e do processamento desse instituto tão pouco estudado nos cursos de graduação em Direito.

O instituto da reclamação constitui remédio resultante de construção jurisprudencial, uma vez que inicialmente não contava com previsão normativa. Baseado na doutrina dos *poderes implícitos*, segundo a qual vão seria o poder, outorgado ao STF, de julgar, mediante recurso extraordinário, causas decididas em única ou última instância se não lhe fosse possível fazer prevalecer seus próprios pronunciamentos, caso fossem estes desrespeitados pelas justiças locais, este instituto foi elaborado sob a influência de decisões da Suprema Corte norte-americana, passando a ser empregado pelo STF para fazer cumprir as suas próprias decisões.

A reclamação foi consagrada no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) em 1957 e, a partir de 1988, passou a constar no próprio texto constitucional, que, em seus artigos 102, I, l, e 105, I, f, conferiu, de modo explícito, legitimidade a essa medida processual. Seu procedimento foi regulado pela L. 8.038/90, que a disciplinou como um dos processos de competência originária do STF e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Apresentando natureza de providência de caráter geral, no que se refere à sua natureza jurídica, diante de sua constitucionalização, depreende-se que a reclamação representa uma garantia especial de postular perante o órgão judicial que proferiu uma decisão o seu exato e integral cumprimento.

A leitura do art. 102, I, l da CF/88[16] revela que a reclamação constitucional consiste em uma via expressa, porém estreita, de acesso ao STF, de cabimento nos casos em que se pressupõe: 1) o descumprimento de decisão daquele tribunal; 2) a ocorrência de usurpação de sua

[16] CF/88 - Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente:(...) l) a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

competência originária. Em tese, representa um mecanismo eficaz, com um rito bastante simples e célere, que garante sua submissão imediata ao exame do Supremo Tribunal Federal, porém, como já mencionado, apresenta escopo limitado.

A partir da EC nº 45/04, bem como da L. 11.417/06, este instituto passou a assegurar também a prevalência dos entendimentos jurisprudenciais consolidados pelo STF nas súmulas vinculantes.

O art. 103-A, § 3º, da CF,[17] prevê a reclamação, cabível do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula vinculante ou que indevidamente a aplicar. Já o art. 7º da L. 11.417/06 acrescenta outra hipótese de cabimento do instituto nos casos de decisão judicial ou ato administrativo que negue vigência àquelas súmulas.

Segundo o RISTF, caberá reclamação do Procurador-Geral da República (PGR), ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões, devendo tal remédio constitucional ser formulado por petição instruída com prova documental do alegado (art. 156).

Após distribuição a um relator, deverão ser requisitadas informações à autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que deverá prestá-las no prazo de cinco dias (art. 157 do RISTF). Decorrido o prazo para informações, dar-se-á vista ao Procurador-Geral, nos casos em que a reclamação não houver sido por ele formulada.

É importante ressaltar que, no STF, conforme o art. 6º, I, g, do RISTF, a competência para o julgamento da reclamação é do Plenário, porém o relator poderá julgá-la quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal (art. 161, parágrafo único do RISTF).

Julgando a reclamação, poderá o STF conhecê-la ou não. Uma vez conhecida, poderá o Tribunal julgá-la procedente ou improcedente.

---

[17] CF/88 - Art. 103-A, § 3º - 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 aplicação da súmula, conforme o caso.

Por fim, nas hipóteses de reclamação referente ao descumprimento de súmula vinculante julgada procedente, o STF cassará a decisão impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, de acordo com o caso (art. 7º, L. 11417/06).

PARTE II – ANÁLISE DO MATERIAL SELECIONADO

5. Súmula Vinculante nº 9

5.1. Enunciado

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.[18] [19]

5.2. Análise dos precedentes

5.2.1. RE 452.994-7/RS[20]

> **EMENTA:** "Execução penal: o condenado que cometer falta grave perde o direito ao tempo remido: L. 7.210/84, art. 127 – Constitucionalidade.
>
> É manifesto que, havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença. Por isso mesmo, não há direito adquirido, porque se trata de expectativa resolúvel, contra a lei, pela incidência posterior do condenado em falta grave."

O recurso extraordinário ora analisado foi interposto sob o fundamento de que o artigo 127 da Lei de Execução Penal (LEP) não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988, por afrontar o direito adquirido do condenado aos dias remidos, a coisa julgada e o princípio da

[18] LEP – **Art. 127** - O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.
[19] LEP - **Art. 58** - O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado.
[20] STF: RE 452.994-7/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/06/2005.

individualização da pena. Julgado em 23 de junho de 2005, representa um dos precedentes mais citados da Súmula Vinculante nº 9, muito provavelmente por apresentar o entendimento firmado pelos ministros em julgamento pelo Tribunal Pleno.

No que se refere à matéria fática, tem-se que o recorrente teve a perda dos dias remidos decretada pelo Juízo de Execução por haver cometido falta grave consoante o artigo 50, II da LEP, ao tentar fugir do estabelecimento prisional.[21] No julgamento do recurso interposto pela defesa, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) sustentou que a decisão do Juízo de Execução concessiva da remição é sempre condicionada, não fazendo coisa julgada material, assim como que a observância do dispositivo da LEP é necessária para a manutenção da disciplina nos estabelecimentos penais.

Nas razões do recurso extraordinário, a Defensoria Pública da União sustentou como principal tese o fato de que o art. 127 da LEP não haveria sido recepcionado pela CF/88, por transgredir o disposto no art. 5º, XXXVI e XLVI e § 1º.[22] Ademais, a Recorrente alegou que a decisão do Juízo da Execução, no tocante à remição da pena pelo trabalho, faria novo título executivo, de maneira que a pena remida passaria a pertencer ao patrimônio jurídico do condenado.

Em voto vencido, o Ministro-Relator do caso, Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo que prevê a perda dos dias remidos ante o cometimento de falta grave, por compreender que através do trabalho ocorreria, em verdadeira ficção jurídica, o cumprimento da pena, o que resultaria na inviabilidade de se afastar do cenário jurídico o esforço do

---

[21] Lei de Execução Penal – art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I – incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II – fugir; III – possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV – provocar acidente de trabalho; V – descumprir, no regime aberto, as condições impostas; VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei; VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

[22] CF/1988 - art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

condenado já realizado e que já haveria sido integrado seu patrimônio jurídico.

Todos os demais ministros concluíram ser "manifesto que, havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença".[23] Por esse motivo, não haveria que se falar em direito adquirido do preso, uma vez que a remição representaria uma mera expectativa de direito resolúvel pelo cometimento de falta grave por parte do condenado. Foi ressaltada também a relevância da aplicação do art. 127 da LEP a fim de estimular o bom comportamento carcerário.

5.2.2. Habeas Corpus 90.107-7/RS[24]

> **EMENTA:** "PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. ART. 127 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, IGUALDADE E INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INOCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO TEMPORAL DA SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEITO DA LEP APLICÁVEL A SITUAÇÃO DIVERSA. ORDEM DENEGADA.
>
> I – É assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é legítima a sanção correspondente à perda total dos dias remidos pela prática de falta grave, nos termos do art. 127 da LEP, por ser medida consentânea com os objetivos da execução penal.
>
> II – Inaplicável ao caso o art. 58 do mesmo diploma legal por tratar de matéria distinta, não guardando pertinência com o objeto do presente *writ*.
>
> III – Precedentes.
>
> IV – Ordem denegada."

Nesse julgamento, ocorrido em 27 de março de 2007, a principal questão debatida relacionou-se com a possibilidade de limitação temporal da sanção prevista no art. 127 da LEP decorrente da aplicação do disposto

---

[23] STF: RE 452.994-7/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/06/2005 - ementa

[24] STF: HC 90.107-7/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 27/03/2007.

no art. 58 do mesmo diploma legal.

No *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União contra acórdão do STJ que negou provimento a agravo regimental em recurso especial, a Impetrante narra que o Paciente, condenado à pena de 5 anos e quatro meses de reclusão, em regime semi-aberto, teria praticado falta grave por haver se evadido da Colônia Penal Agrícola, na qual cumpria pena, fato que resultou na regressão de regime, bem como na perda dos dias remidos pelo trabalho.

Sustentou a Defensoria a tese referente à necessidade de limitação da perda dos dias remidos do apenado, após o cometimento de falta de natureza grave em respeito aos princípios da igualdade, da proporcionalidade e da individualização da pena. Nesse sentido, a defesa propôs, em relação à perda dos dias remidos, tratamento análogo àquele previsto aos casos de suspensão e isolamento pelo art. 58 da LEP, segundo o qual tais sanções disciplinares não podem exceder a trinta dias.

No julgamento desse remédio constitucional, indeferido por unanimidade pela Primeira Turma, o Min. Lewandowski, relator do caso, claramente corroborou o entendimento acerca da legitimidade da perda dos dias remidos de modo que "não há que se falar, pois, em desproporção entre a falta e a sanção, nem em violação ao princípio da igualdade".[25] Ademais, afastou a limitação temporal resultante da aplicação dos artigos 53 a 58 da LEP, por analogia, baseado na compreensão de que tais preceitos cuidariam única e exclusivamente do isolamento do apenado e da suspensão e restrição de direitos.

É curioso notar uma mudança de postura por parte do Min. Marco Aurélio ao acompanhar o Relator pelo fato de o Pleno já haver apreciado a matéria.

5.2.3. Habeas Corpus 91.084-0/SP[26]

[25] STF: HC 90.107-7/RS.
[26] STF: HC 91.084-0/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 17/04/2007.

> **<u>EMENTA</u>**: "*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS.
>
> O Pleno do Supremo Tribunal Federal reafirmou recentemente, no julgamento do RE n. 452.994, que o cometimento de falta grave resulta na perda dos dias remidos pelo trabalho, sem que isso implique ofensa aos princípios da isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.
>
> Ordem denegada."

Invocando a decisão do RE 452.994-7/RS como principal precedente, no julgamento datado de 17 de abril de 2007, os ministros da Segunda Turma, por unanimidade dos votos, indeferiram o pedido de *habeas corpus*, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo a fim de impugnar a decisão monocrática proferida por ministro do STJ, a qual deu provimento a recurso especial interposto pelo Ministério Público de São Paulo (MP/SP) para decretar a perda dos dias remidos do paciente em virtude do cometimento de falta grave, reafirmando que o direito à remição subordina-se a condição e a termo, consistindo, na verdade, em mera expectativa de direito.

Mesmo reconhecendo a identidade entre a jurisprudência do STF e do STJ, pretendeu a Impetrante rediscutir a questão sob o enfoque da violação aos princípios constitucionais da isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, especialmente no tocante à decretação automática da perda total dos dias remidos quando do reconhecimento do cometimento de falta grave, isto é, à aplicação do art. 127 sem que o magistrado procedesse à análise do caso concreto. Requereu ainda liminar com o objetivo de que fosse determinada a perda de, no máximo, 30 dias remidos.

No julgamento desse remédio constitucional, a Segunda Turma, uma vez mais, afastou expressamente a tese de ofensa aos princípios constitucionais acima mencionados, bem como a alegação de desproporcionalidade da punição. Conforme entendimento expresso no voto

do Min. Eros Grau, relator do caso, "a norma extraída do art. 127 é dirigida, de *forma isonômica*, somente àqueles que têm expectativa de remir a pena pelos dias já trabalhados" (grifo nosso).[27]

5.2.4. Embargos Decl. no Ag. Reg. no AI 570.188-3/RS[28]

> **EMENTA**: "Embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Inexistência de omissão. Efeitos infringentes. Inviabilidade por meio dos embargos de declaração. 3. Cometimento de falta grave pelo preso. Perda dos dias remidos. Possibilidade. 4. Violação ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Inocorrência. Precedentes. 5. Violação aos princípios constitucionais da isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana. Inocorrência. Precedente. 6. Embargos de declaração rejeitados."

Na apreciação do agravo regimental no AI 570.188/RS, em 08 de maio de 2007, novamente a Segunda Turma, baseada nos precedentes do Tribunal - RE 452.994 e HC 91.084 -, consolidou seu entendimento a respeito da possibilidade de perda dos dias remidos pelo trabalho, afastando a tese de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, ao negar provimento ao agravo regimental em agravo de instrumento.

Quando da posterior oposição de embargos de declaração sob alegação de uma suposta omissão do Tribunal a respeito da ofensa ao princípio da individualização da pena pela aplicação do art. 127 da LEP, a Segunda Turma entendeu que o Embargante tinha como finalidade precípua obter efeitos infringentes ao julgado, o que consistiria em hipótese não prevista, pelo art. 535 do Código de Processo Civil, para o referido recurso. Com base nesta conclusão e na existência de precedentes sobre a matéria, que claramente revelavam o posicionamento firmado pela Corte a respeito

[27] STF: HC 91.084/SP, voto do Min. Eros Grau.
[28] STF: AI 579.188 AgR-ED/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08/05/2007.

do tema, os ministros rejeitaram os embargos por unanimidade de votos.

5.2.5. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 580.259-1/RS[29]

> **EMENTA**: "AGRAVO REGIMENTAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL, ARTIGOS 127 E 58. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA.
>
> É pacífico o entendimento de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que o cometimento de falta grave pelo preso durante o cumprimento da pena implica a perda dos dias remidos, sem que isso caracterize ofensa ao princípio da individualização da pena e ao direito adquirido.
>
> A remição da pena constitui mera expectativa de direito, exigindo-lhe ainda a observância da disciplina pelos internos.
>
> Inviável a aplicação do art. 58 da Lei de Execução Penal para limitar a perda a trinta dias, uma vez que tal norma trata de isolamento, suspensão e restrição de direito, não se confundindo com o tema relativo à remição da pena.
>
> Precedentes.
>
> Agravo regimental a que se nega provimento."

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão através da qual o Min. Joaquim Barbosa negou seguimento a agravo de instrumento, cuja finalidade consistia na impugnação de decisão que inadmitiu recurso extraordinário, no qual, uma vez mais, se pretendia discutir a perda dos dias remidos em virtude do cometimento de falta grave pelo sentenciado.

Assim como o HC 91.084/SP e os embargos declaratórios no agravo regimental no AI 570.188-3/RS, este recurso é ilustrativo da nítida existência de controvérsia judicial em relação à interpretação e à própria eficácia do art. 127 da LEP, com a conseqüente utilização de todas as vias recursais para se discutir e rediscutir a questão.

Conforme ocorrido nos casos anteriormente analisados, também aqui

[29] STF: AI 580259 AgR/RS, Segunda Turma, Rel. Min, Joaquim Barbosa, j. 25/09/2007.

se procurou discutir a possível ofensa ao princípio da individualização da pena e ao direito adquirido por conta da decretação da perda dos dias remidos em decorrência de falta grave cometida pelo condenado, bem assim a necessidade de aplicação do limite temporal previsto para as sanções de isolamento, suspensão e restrição de direitos do artigo 58 da LEP também para a hipótese encontrada no art. 127 da mesma lei.

No julgamento de 25 de setembro de 2009, em seu voto como Relator, o Min. Joaquim Barbosa apontou para o fato de que a sólida jurisprudência de ambas as Turmas do STF já teria firmado o entendimento de que a prática de falta grave durante o cumprimento de pena implica a perda dos dias remidos pelo trabalho do sentenciado, sem que isso signifique violação de direito adquirido. Reiterando a conclusão da Corte no sentido de que a remição gera mera expectativa de direito, sem que se possa cogitar da aplicação do limite temporal de 30 dias nos casos de decretação da sanção de perda dos dias remidos por consistir em matéria distinta daquela regulada no art. 58 da LEP, o Relator negou provimento ao agravo, tendo sido acompanhado por todos os demais ministros da Segunda Turma.

5.2.6. Habeas Corpus 92.791-2/RS[30]

> **EMENTA: "*Habeas corpus*. Execução penal. Remição de dias trabalhados. Falta grave. Discussão sobre a gravidade. Impossibilidade. Precedentes.**
>
> 1. A perda dos dias remidos pelo trabalho de que trata o artigo 127 da Lei de Execuções Penais não afronta os princípios da proporcionalidade, da isonomia, da individualização da pena ou do direito adquirido.
> 2. Não é possível a esta Corte Suprema examinar a questão da gravidade da falta, porque isso depende de circunstâncias de fato que envolveram o episódio que motivou a penalidade.
> 3. **Habeas corpus** denegado."

[30] STF: HC 92.791/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26/02/2008.

Ocorrido em 26 de fevereiro de 2008, este representa o julgamento mais recente do conjunto de precedentes citados na elaboração da súmula ora examinada.

No caso em questão, o Paciente, condenado a 26 anos e 9 meses de reclusão, teria cometido falta grave no curso da execução da pena ao se negar a virar de costas durante revista corporal, tendo a perda dos 311 dias remidos pelo trabalho decretada pelo Juízo da Execução. O TJ/RS, reconhecendo o direito adquirido aos dias remidos em virtude de decisão judicial, deu provimento ao agravo de instrumento contra a decisão do juiz de 1º grau. Este acórdão, por sua vez, ensejou a interposição de recurso especial e extraordinário por parte do MP/RS, tendo sido o processo, então, remetido primeiramente ao STJ, que apreciou o recurso especial e lhe deu provimento para, através de reforma do acórdão impugnado, decretar a perda dos dias remidos – sendo esta a decisão judicial atacada pelo remédio constitucional aqui analisado.

Na fundamentação do pedido de *habeas corpus*, a Defensoria Pública da União (DPU) defendeu que a perda total dos dias remidos, pelo cometimento de falta grave, feriria "o princípio da dignidade da pessoa humana e o da individualização da pena, por não ser admissível a aplicação de sanção de tal magnitude àquele que eventualmente cometeu falta grave no âmbito do estabelecimento prisional",[31] ressaltando, assim, a necessidade de se observar o princípio da proporcionalidade na aplicação do art. 127 da LEP. Pleiteou também a concessão da ordem de *habeas corpus*, reconhecendo-se a limitação temporal de 30 dias para a perda dos dias remidos, conforme disposto no artigo 58 da Lei de Execuções Penais, caso a Corte decidisse pela manutenção da aplicação do artigo 127.

Em seu voto como relator, o Min. Marco Aurélio expressou, na mesma linha do voto por ele proferido no RE 452.994-7/RS – e contrariando a posterior mudança de sentido de seu voto no julgamento do HC 90.107-7/RS -, o entendimento de que a regra de remição é paulatina, ou seja, de que a remição se aperfeiçoa quando, periodicamente, são levantados os

[31] Idem.

dias trabalhados – chegando-se à quantidade de dias remidos -, o Ministério Público se manifesta e o juiz da Execução formaliza o ato decisório. Daí a sua conclusão de que "a perda diz respeito a situação concreta em que não tenha ainda a declaração pelo juiz da execução da remição, a qual, verificada, não pode ser afastada do cenário jurídico",[32] o que fundamentou sua decisão no sentido da concessão da ordem de *habeas corpus*.

Vale ressaltar que neste julgamento realizado pela Primeira Turma, uma das questões mais relevantes foi suscitada pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto e refere-se ao enquadramento da conduta praticada pelo condenado como falta grave. Por compreender que tal espécie de falta está prevista em uma norma em branco, que cogita da indisciplina ou insubordinação, o Min. Marco Aurélio sustentou que, dependendo da ótica, qualquer procedimento poderia ser enquadrado em uma dessas vertentes. Considerando as especificidades do caso, os dois Ministros concluíram pela flagrante ilegalidade da autoridade administrativa ao enquadrar como falta grave a recusa do apenado de se deixar revistar por um determinado modo, concluindo, assim, pela inaplicação dos precedentes e resultando na concessão do *habeas corpus* de ofício pelo Min. Carlos Britto.

Todavia, os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia e Lewandowski concluíram que os precedentes existentes alcançavam a hipótese sob julgamento e que, "não cabe à Suprema Corte examinar questão da gravidade da falta, porque isso depende de circunstâncias de fato que envolveram o episódio que motivou a penalidade",[33] o que resultou na denegação da ordem por maioria de votos.

5.3. Debates para a aprovação da SV nº 9[34]

[32] Idem.
[33] Idem.
[34] Incluímos a análise dos Debates para a Aprovação da Súmula Vinculante nº 9 em razão de neles se encontrar a interpretação inicialmente conferida pelos ministros ao enunciado vinculante por eles editado de ofício.

Editada de ofício na 22ª Sessão Extraordinária do Plenário do STF, em 12 de junho de 2008, conforme entendimento expresso pelos próprios ministros do STF, a Súmula Vinculante nº 9 teve como finalidade precípua pôr fim à controvérsia judicial, de fato existente, acerca da constitucionalidade da previsão da perda dos dias remidos contida no art. 127 da Lei de Execução Penal.

Baseado na existência de vários precedentes – dentre os quais o RE nº 452.994, o HC nº 91.084, AI nº 570.188, o HC nº 92.791, o HC nº 90.107, o AI nº 580.259 e o AI nº 490.228 constam como os mais relevantes -, o Min. Ricardo Lewandowski, na segunda parte da referida sessão,[35] apresentou proposta de enunciado para a edição da primeira súmula vinculante relacionada à matéria propriamente penal.

Durante os debates, restou vencido o Min. Marco Aurélio, que suscitou como questão de ordem a submissão da proposta de verbete de súmula vinculante à Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de que se observasse um procedimento mínimo e se assegurasse uma maior reflexão sobre a matéria.[36] Ressaltando a necessidade de se agir com maior cautela, especialmente por se tratar da edição de súmula vinculante que alcançaria a liberdade de ir e vir, o Ministro se posicionou claramente contra a edição do verbete. Além disso, durante os debates, o Ministro enfatizou seu posicionamento em relação à inadequação de, por conta do cometimento de uma falta grave, fazer retroagir as conseqüências de tal conduta a fim de afastar do cenário jurídico a remição da pena conquistada através do trabalho do presidiário.[37]

---

[35] Na primeira parte da referida sessão, já havia sido debatida e aprovada a Súmula Vinculante nº 8, que consolidou o entendimento do Tribunal a respeito da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

[36] Vale ressaltar que, conforme mencionado nos debates para a aprovação da Súmula Vinculante nº 8, editada na mesma data, o Min. Marco Aurélio adotou a necessidade de submissão dos temas sobre os quais versariam possíveis súmulas vinculantes, à Comissão de Jurisprudência do STF, como regra. Segundo o Ministro, seu posicionamento teria como objetivo permitir que a referida comissão elaborasse o teor do verbete com o devido cuidado em um espaço de tempo razoável, com o intuito de garantir que o STF consolidasse sua jurisprudência com maior segurança.

[37] Segundo o Ministro: "Nós sabemos que existe uma proporcionalidade quanto a dias trabalhados e dias descontados da reprimenda – três trabalhados, gerando um remido – e

Provavelmente imbuído pela necessidade de adotar medidas de economia processual e pelo fato de ser um dos integrantes da Comissão de Jurisprudência,[38] o Min. Ricardo Lewandowski, embora reconhecendo expressamente a existência de divergências a respeito da matéria, manteve a proposta de enunciado, que, segundo ele, seria fruto de elaboração coletiva.[39] É interessante ressaltar o fato de não haverem sido mencionados, em momento algum do debate, os nomes dos ministros responsáveis por tal proposta, o que acabou despertando a curiosidade de alguns membros da Corte que, aparentemente, não haviam tido contato com o texto em momento anterior – como foi o caso do Min. Marco Aurélio.

Vale destacar também que, durante a discussão referente à aprovação da Súmula Vinculante nº 9, em nenhum momento foi afirmado que a partir da constatação do cometimento de falta grave a perda da totalidade dos dias remidos dar-se-ia automaticamente, tendo o Min. Carlos Britto manifestado o entendimento favorável à aplicação do princípio da proporcionalidade na definição da quantidade de dias remidos a serem perdidos pelo condenado. Em outras palavras, conforme entendimento do STF, a perda dos dias remidos deve ser estabelecida de forma proporcional à gravidade da falta cometida.[40] Ademais, o conceito de falta grave

---

que, quase sempre, a remuneração do presidiário fica muito aquém do preço do serviço prestado, tendo em conta essa vantagem. Ora, se assento esse aspecto, e se digo mais, que à medida em que se trabalha, vai-se abrindo o processo de remissão [sic] e proclamando que certos dias foram remidos, não há como, diante de uma falta grave verificada, fazer-se retroagir, em si, as conseqüências a ponto de se afastar do cenário jurídico um pronunciamento judicial já reconhecendo o direito que, portanto, passou a integrar o campo de interesses do presidiário. Acresce que se passa a ter duplicidade de punição, apenando-se de forma mais gravosa quem haja trabalhado. De qualquer forma, creio que é chegar-se ao extremo simplesmente com a edição de verbete vinculante" – STF: Debates para a Aprovação da Súmula Vinculante nº 9, 22ª Sessão Extraordinária do Plenário, realizada em 12 de junho de 2008.

[38] A afirmação baseia-se nos argumentos apresentados pelo referido ministro nos Debates para a Aprovação da Súmula Vinculante nº 7 realizados no dia anterior.

[39] "Presidente, temos já alguns precedentes que têm se repetido aqui no sentido de súmulas vinculantes. Há a presença do eminente Procurador-Geral da República; é uma matéria, data vênia, sobejamente conhecida por parte de ambas as Turmas – é verdade que há alguma divergência, mas existem também mecanismos de revisão de súmula, se for o caso. Com todo o respeito pelas ponderações do eminente Ministro Marco Aurélio, eu manteria a proposta que, aliás, não é minha, mas que recebo em mãos até na qualidade de membro desta Comissão de Jurisprudência, e veiculei em nome daqueles que a formularam. Então, mantenho a proposta de que se analise esta súmula vinculante na forma com que enunciei." Manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, nos Debates para a aprovação da Súmula Vinculante nº 9.

[40] O Min. Carlos Britto deixou clara a preocupação com tais questões nos debates para a

permaneceu em aberto, uma vez que não foi contemplado pelo conteúdo da súmula.

5.4. Interpretação dos órgãos reclamados acerca da SV nº 9 e sua aplicação[41]

A aplicação do princípio da irretroatividade da norma penal mais gravosa ao réu também às súmulas vinculantes sobre matéria penal representou a grande discussão travada entre os órgãos reclamados, quais sejam os Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul e os reclamantes, no caso os Ministérios Públicos estaduais e federal.

Segundo entendimento reiterado em vários acórdãos do TJ/SP, que, conforme será examinado a seguir, figura como órgão reclamado na grande maioria dos casos ora analisados, tem-se que:

> As garantias constitucionais da reserva legal e da anterioridade, previstas no art. 5º, incisos XXXIX e XL, da Constituição da República, das quais decorre o princípio da individualização da pena, têm lugar e aplicação na execução da pena.
>
> Em conseqüência, não pode retroagir a norma penal posterior que agrave a situação do recluso, como dispõe taxativamente o art. 5º, inciso XL, da Constituição da República.
>
> Os princípios e garantias constitucionais devem servir de

---

aprovação da súmula: "Isso [proposta da súmula vinculante] não implica definição de falta grave, não estamos definindo o que seja falta grave; nem implica prejuízo de se analisar a falta grave sob o critério da proporcionalidade. Não é isso" e "o conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta". Debates para aprovação da SV nº 9.

[41] Dada a constatação de que os reclamados de todas as medidas aqui analisadas foram Tribunais de Justiça, destacando-se o TJ/SP, é possível sintetizar em breves linhas a interpretação da SV nº 9 por eles realizada.

> balizas para a interpretação e aplicação das normas penais, na fase da execução penal.
>
> Assim se a garantia constitucional da irretroatividade da lei penal mais rigorosa impede sua aplicação a fato ocorrido anteriormente, da mesma forma, veda a incidência do enunciado da Súmula Vinculante n. 9 a fato anterior, na medida em que isso prejudique a situação do recluso.
>
> Por conseguinte, a Súmula Vinculante n. 9 do STF deve necessariamente passar pelo crivo da garantia constitucional da irretroatividade da norma penal mais gravosa. Aplica-se, portanto, aos fatos ocorridos após a sua publicação.[42]

Dos argumentos acima expostos, decorreria que as faltas disciplinares cometidas antes da data de publicação do enunciado pretoriano (20/06/2008) estariam fora do âmbito da referida súmula. Em outras palavras, o TJ/SP concluiu pela impossibilidade de a súmula vinculante retroagir para prejudicar o réu, não podendo, então, alcançar fatos ocorridos ou decisões judiciais proferidas antes de sua publicação. Segundo o Tribunal paulista, tal interpretação não conflitaria com o alcance do enunciado sumular, pois o afastamento do conteúdo do verbete pretoriano justificar-se-ia pelo fato de que aqueles casos ocorridos antes de 20 de junho de 2008 somente não teriam sido julgados anteriormente em razão de processamento mais extenso – não podendo os jurisdicionados ser prejudicados em razão da demora do Judiciário.

Ainda segundo o entendimento do TJ/SP, o provimento judicial que decreta a remição da pena gera efeitos definitivos a partir do momento em que é declarado, de maneira que se a remição não for impugnada tempestivamente, os dias remidos permanecerão intocáveis em razão da definitividade de que se reveste a decisão judicial. Conclui, com isso, no sentido da limitação da aplicação do artigo 127 da Lei de Execução Penal, que só incidiria desde que a remição não houvesse sido objeto de decisão judicial, por força da garantia da coisa julgada. Daí resulta o entendimento de que somente poderiam ser perdidos os dias remidos que não tivessem sido declarados como tal pelo Juízo da Execução Penal, já que aqueles

[42] STF: Rcl. 6737/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 23/06/2009.

declarados judicialmente passariam a integrar a pena, não podendo ser atingidos pela aplicação do art. 127 da LEP:

> A remição constitui maneira pela qual o condenado resgata parte da pena. Deve gerar efeitos definitivos a partir do momento em que assim foi declarada por decisão judicial. O provimento judicial que decreta a remição da pena não pode ser alcançado pela cláusula rebus sic standibus. Ao decretar os dias remidos pelo trabalho ou pelo estudo, altera o comando que emerge da sentença penal condenatória. Se a remição não foi objeto de impugnação tempestiva, os dias remidos permanecem intocáveis. Não pode mais ser exigido do condenado o cumprimento de período correlato.
>
> (...)
>
> É inadmissível que a infração disciplinar de natureza administrativa gere efeitos retroativos para atingir decisão judicial que já se estabilizou.[43]

Com relação à limitação temporal, é curioso observar que, com exceção da Rcl. 10.145/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em todos os demais acórdãos reclamados, ao justificar o afastamento do enunciado da SV nº 9, o TJ/RS alegou exatamente o contrário daquilo defendido pelo TJ/SP, manifestando-se no sentido da impossibilidade de se declarar a perda de dias remidos nos casos em que o direito à remição não tenha sido reconhecido previamente por decisão judicial, por ser essa uma solução que, segundo o referido tribunal, atenderia à garantia do contraditório. Ainda segundo desembargador do TJ/RS, a perda dos dias remidos deveria ser limitada ao período de dois anos anteriores à data do cometimento da falta grave pelo apenado, com o objetivo de adequar o enunciado da Súmula Vinculante nº 9:

> Quanto à cassação do direito à remição pelo trabalho em face do reconhecimento da falta disciplinar, diante das incertezas provocadas pela Súmula Vinculante nº 09, do e. STF, depois de muita reflexão, estou definindo novo entendimento. Os fundamentos estão sintetizados na Ementa proveniente do julgamento dos embargos infringentes de nº70029501863, no qual ratifico a posição adotada, no voto vencido, pelo ilustre Des. Nereu José Giacomolli (...): 'EXECUÇÃO PENAL.

[43] Idem.

> FALTA GRAVE. REMIÇÃO. PRESCRIÇÃO BIENAL. Punir a falta grave é uma coisa, anular seu trabalho e a conquista dos dias remidos é violência. Tanto o trabalho, como o direito que dele provém deveria ser irrevogável. O apenado trabalhou. Conquistou. Assim deveria ser. ***Mas a Súmula Vinculante nº 9 do STF, lamentavelmente, produz esse efeito sem que contra ele possa jurisdicionalmente insurgir. Ao mínimo, a prescrição pelo tempo anterior ao lapso de dois (2) anos anteriores à data da falta grave serve como lenitivo constitucional.***'
>
> Ante o exposto, o voto é no sentido de (...) limitar a perda dos dias remidos pelo trabalho ao período de dois (2) anos anteriores à falta grave que deu origem às sanções. (**grifos nossos**) [44]

Vale ressaltar que, conforme interpretação da 6ª Câmara Criminal do TJ/RS, a eficácia do entendimento consolidado pela SV nº 9 estaria sendo garantida, já que a orientação da súmula estaria tão-somente sendo limitada a fim de se adequar ao texto constitucional.

Também o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), nos acórdãos reclamados nas Rcl. 9321/RJ e Rcl. 9327/RJ, posicionou-se pela necessidade de se interpretar o art. 127 da LEP através da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, decretando a limitação da perda dos dias remidos pelo condenado ao período de um ano anterior ao cometimento da infração.

Conforme a interpretação do TJ/SP, retirar do preso o bônus da remição alcançada pelo trabalho, conforme dispõe o art. 127 da LEP, seria atribuir à pena um caráter de crueldade. Para os magistrados do Tribunal paulista, uma vez cumprida parte da pena, a que título for, a ninguém, em especial ao legislador subalterno, se permite dizer que ela não foi cumprida porque o reeducando cometeu falta grave, uma vez que a declaração da perda dos dias remidos representaria a imposição de um *plus* à pena originária. Daí decorre a conclusão expressa em alguns dos acórdãos daquele Tribunal – como mencionado na Rcl. 6791/SP - de que o art. 127 da LEP não teria sido recepcionado pela CF/88 por representar uma pena cruel. Contudo, ao defender a não-recepção do dispositivo da LEP, o TJ/SP

[44] STF: Rcl. 9008/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 29/04/2010.

negou expressamente que estivesse declarando a inconstitucionalidade da referida norma, ofendendo com isso a Súmula Vinculante nº 10.[45] Na visão desse tribunal, a crueldade consistiria em impor ao preso um *bis in idem*, pelo cumprimento da pena pelo trabalho e, após a perda dos dias remidos, novo cumprimento daqueles dias pela pena privativa de liberdade. Com base nessa interpretação, o TJ/SP alegou ainda que o art. 127 da LEP seria contraditório em relação aos outros dispositivos da Lei de Execução Penal por mitigar a importância do trabalho do condenado.

Além da já mencionada impossibilidade de a súmula retroagir para prejudicar o réu, o Tribunal paulista também reconheceu a impossibilidade de se falar em reinício da contagem do lapso temporal, pois o cometimento da falta grave, segundo seus magistrados, não poderia interromper a contagem do tempo para a obtenção de benefícios durante a execução da pena – em outras palavras, não poderia repercutir na constatação do preenchimento do requisito objetivo para fruição de benefícios pelos condenados.

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJ/MS) ressaltou a necessidade de se observar o postulado constitucional relativo à proporcionalidade das sanções, tendo ainda se manifestado sobre a necessidade de se respeitar o direito adquirido aos dias remidos pelo trabalho.

5.5. Interpretação dos reclamantes acerca da SV nº 9 e sua aplicação[46]

Em linhas gerais, os Ministérios Públicos dos Estados de São Paulo, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul defenderam que, a

[45] SV nº 10: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

[46] Dada a constatação de que os reclamantes de todas as medidas aqui analisadas foram Ministérios Públicos estaduais ou federal, destacando-se o MP/SP, é possível sintetizar em breves linhas a interpretação da SV nº 9 por eles apresentada.

partir da publicação de súmula vinculante, os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, são obrigados a respeitar o seu teor, a fim de evitar a multiplicação de ações e recursos.

O MP/SP sustentou, ainda, que, ao contrário do que afirmou o TJ/SP, a SV nº 9 teria apenas interpretado a LEP, razão pela qual não há que se falar em irretroatividade de norma penal mais severa, uma vez que o art. 127 da LEP já existia.

O *Parquet* estadual alegou ainda que:

> Evidente está que a Decisão que defere o pedido de remição de pena, não faz coisa julgada material ficando condicionada a evento futuro e incerto, ou seja, ao comportamento do preso, sua conduta carcerária e expressamente o não cometimento das faltas graves enumeradas no artigo 50 da Lei de Execuções Penais.
>
> (...)
>
> Comprovada a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo sentenciado, deve ser declarada a perda dos dias remidos, pois a remição sempre será concedida de forma condicional, ficando subordinada a um comportamento futuro. Está sujeita a cláusula rebus sic standibus. (**grifo do autor**).[47]

Especificamente na Rcl. 8061/SP, julgada pelo Min. Ricardo Lewandowski em 22 de abril de 2009, o MP/SP manifestou entendimento contrário ao defendido pela Suprema Corte brasileira quando da edição da referida súmula. Isso se constata na alegação do *Parquet* de que o acórdão reclamado, ao manter a decisão que deixou de decretar a perda de ***todos*** os dias remidos ante a prática de falta grave, haveria violado de forma inequívoca o enunciado da SV nº 9, o que contraria claramente a orientação expressa pelo STF – tanto em seus precedentes como nos debates para a aprovação da referida súmula-, acerca da necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade com o intuito de evitar a decretação

[47] Trecho contido no Agravo de execução nº 993.08.005743-5, do TJ/SP – 12ª Câmara Criminal, j. 20/08/2008 – relacionado a STF: Rcl. 7099/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/12/2008.

automática de todos os dias remidos pelo condenado.

Já o MP/RJ e o MP/RS concluíram pela impossibilidade do emprego de critério de limitação temporal para a perda dos dias remidos, uma vez que a limitação de tal perda ao período de um ano, no caso do TJ/RJ, ou ao período de dois anos anteriores ao cometimento da falta grave, conforme realizado pelo TJ/RS, contrariaria os precedentes do enunciado vinculante.

Semelhante é a interpretação conferida pelo Ministério Público Federal (MPF) ao conteúdo da SV nº 9. Todavia, do ponto de vista do procedimento de ajuizamento de reclamações junto à Corte Suprema, o *Parquet* federal posicionou-se expressamente pela ilegitimidade ativa dos Ministérios Públicos estaduais, concluindo que tal atuação importaria usurpação da atribuição constitucional e legalmente deferida ao Procurador-Geral da República, consistindo em hipótese de extinção do processo. Tal entendimento baseia-se na interpretação de que compete exclusiva e privativamente ao PGR exercer as funções do Ministério Público junto ao STF, em virtude do estabelecido pelo texto constitucional (art. 103, § 1º, CF/88) e pela legislação complementar específica (art. 46 da LC nº 75/93). O MPF também fundamentou seu posicionamento nas regras previstas na L. 8.625/93, que estabelecem que as atribuições dos Ministérios Públicos estaduais devem ser exercidas, precipuamente, junto aos Tribunais de Justiça.

5.6. Interpretação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo acerca da SV nº 9 e sua aplicação[48]

Em manifestação nos autos da Rcl. 7358/SP,[49] a Defensoria Pública

[48] Uma vez que a Defensoria Pública atuou em grande parte dos casos analisados, consideramos pertinente apresentar uma síntese dos argumentos apresentados por esse órgão em suas reiteradas manifestações.

[49] STF: Rcl. 7358/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 02/03/2010. Uma vez que o entendimento manifestado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo acerca da SV nº 9 foi bastante semelhante nas reclamações aqui analisadas e que nem todas as reclamações encontradas

do Estado de São Paulo – Regional de Presidente Prudente -, que assistia o condenado, cujos dias remidos pelo trabalho haviam sido decretados perdidos pelo Juízo da Execução em razão do cometimento de falta grave, defendeu a impossibilidade de se conhecer da referida reclamação dada a ilegitimidade do Ministério Público estadual para ajuizar a medida junto ao STF.

Segundo a Defensoria,

> A propositura de reclamação, pelo Ministério Público Estadual, por seu Procurador Geral de Justiça, como medida postulatória, carece de jus postulandi e de pertinência subjetiva, posto que referida atribuição é exclusiva e privativa dos membros do Ministério Público Federal, por seu Procurador Geral da República e Sub-procuradores gerais.

Baseada na doutrina pátria, reconheceu a Defensoria Paulista a inexistência de dúvidas quanto à importância das súmulas vinculantes no âmbito jurídico e posicionou-se no sentido de que tais enunciados assumem a função de ato legislativo, também estando atrelados às mesmas restrições impostas a este, especialmente no que tange à anterioridade e irretroatividade da lei penal.[50]

Em defesa do condenado, alegou ainda a Defensoria que

> Há que ser ressalvado, nada obstante, que não é o cidadão,

---

no *site* do STF tiveram suas peças processuais disponibilizadas, selecionamos uma manifestação desta instituição que nos pareceu sintetizar de modo bastante fiel a interpretação dada ao enunciado vinculante por esse órgão paulista.

[50] Nesse sentido, a Defensoria fundamentou seu entendimento com a seguinte citação: "Pode-se dizer que a criação da súmula vinculante teve o condão de transformar a jurisprudência do STF, mesmo fora dos casos de controle de constitucionalidade, de mera modalidade de interpretação em fonte de direito, assumindo o enunciado do tribunal função de ato legislativo", in: Outra citação pertinente consiste em: "as novas interpretações sempre encobrem uma lei retroativa; se uma lei interpretativa não modifica nada, então carece de utilidade, e se modifica algo, traz uma novidade e, portanto, é uma lei nova posterior que deve ser tratada como tal (...) O princípio da legalidade, no que tange especificamente à proibição de retroatividade das leis, visa a proteger não a lei em si, mas a confiança que os cidadãos depositam no direito, sendo absolutamente possível que esta seja atingida por modificação tanto na lei como na jurisprudência", in: MAGALHÃES, Mariângela. *Direito Penal e Interpretação Jurisprudencial – do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 144 e 148.

> parte mais fraca da relação jurídico-processual face ao enorme aparato Estatal, quem deve pagar com sua liberdade pela morosidade no processamento de seu recurso. Explica-se, caso o reclamo do paciente já tivesse sido analisado em momento oportuno, como o próprio Tribunal ad quem destacou, o direito à remição já teria sido discutido e assegurado em momento anterior à vigência da Súmula Vinculante nº 09.
>
> Assim sendo, em virtude das garantias especiais da igualdade e da segurança jurídica, insculpidas no artigo 5º, caput, da Constituição Federal, o peticionário deve ter o mesmo tratamento jurisdicional dos demais sentenciados que, antes de 20 de junho de 2008, tiveram seu direito de remição processado, analisado e **mantido**.
>
> (...)
>
> E mais, em que pese o entendimento fixado pela Suprema Corte, cada hipótese que venha a ser apresentada terá características de fato e direito diferentes (...). Vedar o questionamento em relação à perda dos dias remidos seria impossibilitar uma possível proporcionalidade e individualização da pena, princípios de suma importância no âmbito penal. (**grifo do autor**) [51]

Ressaltou também que uma das características mais relevantes do Direito Penal é o seu alto grau de formalização, do qual emergem os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, direcionados a transformar a intervenção penal em um exercício de poder controlado. Concluiu, então, chegando a um resultado muito semelhante ao do posicionamento do TJ/SP, que uma vez que a súmula vinculante resulta em uma restrição à atividade jurisdicional dos magistrados maior do que aquela resultante da edição de uma lei, deveria ser aplicada apenas aos fatos ocorridos após a sua publicação.

5.7. Análise das reclamações ajuizadas em razão de contrariedade ao enunciado da SV nº 9 ou de sua aplicação indevida

[51] Manifestação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo visando a impugnação da Rcl. 7358/SP.

Conforme já analisado, no julgamento de diversas ações referentes à execução penal, o STF fixou o entendimento de que o condenado que cometer falta grave perde o direito ao tempo remido, confirmando o enunciado do artigo 127 da L. 7210/84 (Lei de Execução Penal):

> Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando novo período a partir da data da infração disciplinar.

Segundo posicionamento majoritário da Corte, a remição de um dia de pena para cada três dias trabalhados não consiste em direito adquirido do condenado, representando tão-somente uma expectativa de direito resolúvel pela incidência posterior do condenado em falta grave. Dessa maneira, em seus votos, os ministros afastaram claramente a possibilidade de se cogitar de ofensa a direito adquirido, ao assinalarem que a fruição do benefício da remição está condicionada à manutenção do bom comportamento carcerário. Ademais, afastaram as alegações de que a declaração da perda de dias remidos já reconhecidos pelo Juízo da Execução consistiria em ofensa à coisa julgada, uma vez que, "havendo dispositivo legal que prevê a perda dos dias remidos se ocorrer falta grave, não a ofende a aplicação desse dispositivo preexistente à própria sentença"[52] e porque "não há aplicação de outra pena, nem qualquer outra alteração da sentença".[53]

Em tais precedentes, o Tribunal declarou que, ao contrário das alegações por parte da defesa dos sentenciados, a aplicação do artigo 127 da LEP não implicaria ofensa aos princípios da isonomia, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, muito embora os ministros não tenham apresentado reflexões mais profundas referentes a tal conclusão.

Vale ressaltar que havia, antes da edição da SV nº 9, divergência de entendimento, consubstanciada no RE 452.994-7/RS, julgado pelo Tribunal

---

[52] STF: RE 452.994-7/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/06/2005 – voto do Min. Sepúlveda Pertence.
[53] STF: RE 452.994-7/RS, voto do Min. Cezar Peluso.

Pleno, bem como no HC 92.791-2/RS, julgado pela Primeira Turma, nos votos vencidos do Min. Marco Aurélio referentes à defesa de uma interpretação da lei de modo mais benéfico ao réu – aplicação do princípio do *favor rei* – como constatamos na análise dos precedentes.

Da data de publicação da súmula aqui analisada até 15 de setembro do ano corrente, foram publicadas, no sítio eletrônico do STF, 49 reclamações ajuizadas em decorrência de violação do enunciado do verbete vinculante sobre a perda dos dias remidos ou de sua aplicação indevida, de modo que passaremos agora a analisar os dados referentes aos julgamentos dessas medidas e se o STF fez valer o entendimento acima sintetizado e consolidado na referida súmula.

5.7.1. Rcl. 6541/SP - formação de um precedente

A primeira reclamação relacionada ao descumprimento do conteúdo da SV nº 9, qual seja a Rcl. 6541/SP, foi julgada em 09 de setembro de 2008 pela Relatora, Min. Ellen Gracie. Nesta data, a Ministra apreciou o pedido de liminar formulado pelo MP/SP para o fim de suspender os efeitos do acórdão da 7ª Câmara da Seção Criminal do TJ/SP, que, no julgamento de agravo em execução, deu-lhe provimento parcial de modo a restabelecer o direito à remição dos dias trabalhados pelo condenado, cuja perda havia sido decretada pelo Juízo de 1º grau em razão do cometimento de falta grave.

Neste primeiro caso analisado pela Corte, o órgão judiciário reclamado expressou o entendimento de que o artigo 127 da LEP não havia sido recepcionado pela CF/88, na mesma linha já mencionada anteriormente:

> Retirar-se ao preso o bônus da remição alcançada pelo trabalho, como urdido no artigo 127 da LEP, fere de morte aquele princípio fundamental, na esteira do qual a pena não pode ser cruel. Uma vez cumprida parte dela, a que título for – não importa o quê -, a ninguém, em especial ao legislador subalterno, por seu querer por querer, se permite dizer que ela não foi cumprida porque o reeducando cometeu infração disciplinar grave. A infração disciplinar não pode ser erigida como causa para se dar um maior elastério à pena a ser cumprida.
>
> Não fosse assim, de quando em quando, ao se declarar o perdimento do tempo remido pelo trabalho, estar-se-á impondo, por meios transversos, à pena originária um plus, com inequívoca crueldade, malferindo-se o nosso Código dos Códigos. (...)
>
> Para concluir, nesse aspecto: pela crueldade ínsita à norma do artigo 127 da LEP, pensa-se que ela não foi recepcionada pela Carta Política de 1988 (cf. artigo 5º, inciso XLVII, alínea 'e', da CF).[54]

Por conseguinte, os desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo concluíram, à luz dos princípios constitucionais, pela impossibilidade de decretação da perda dos dias remidos pelo trabalho. Além disso, manifestaram entendimento de que o enunciado da SV nº 9 não poderia ser aplicado ao caso analisado, uma vez que a decisão atacada pelo agravo havia sido proferida em 13 de dezembro de 2007, ao passo que a súmula havia sido editada em 12 de junho de 2008. Tal argumento, conforme antecipado na seção anterior desta monografia, representa uma das principais discussões suscitadas pela edição da primeira súmula vinculante em matéria criminal, qual seja a da sua eficácia no tempo, dada a especificidade dos princípios do Direito Penal.

Considerando o princípio da irretroatividade da lei penal *in malam partem*, isto é, o fato de a lei não poder retroagir para prejudicar o réu, posicionaram-se os magistrados no sentido de que tampouco poderia uma súmula do STF que vincula todos os órgãos judiciários retroagir em claro prejuízo do condenado.

Ao julgar o pedido de liminar, a Min. Ellen Gracie manifestou entendimento contrário ao do tribunal local ao afirmar, primeiramente, que

[54] STF: Rcl. 6541/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 25/06/2009.

o ato contrário à súmula, a princípio, era o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em 31 de julho de 2008 - data posterior à publicação da Súmula Vinculante nº 9-, que não considerou recepcionada a regra do art. 127 da LEP no julgamento do agravo em execução interposto pela defesa do reeducando. Em segundo lugar, declarou que a tese de que o julgamento dos recursos interpostos contra decisões proferidas antes da edição de súmula vinculante não deve obrigatoriamente observar o enunciado sumular publicado na imprensa oficial não mostrava consonância com o art. 103-A, *caput*, da CF/88, que impõe o efeito vinculante a todos os órgãos do Poder Judiciário, a partir da publicação do verbete pretoriano na imprensa oficial.

O pedido de liminar foi, então, deferido para suspender os efeitos do acórdão do TJ/SP e, em 25 de junho de 2009, a reclamação foi julgada pelo Tribunal Pleno. Todavia, mesmo antes do julgamento do mérito, a decisão da Ministra representou um relevante precedente mencionado em vários dos julgamentos monocráticos seguintes referentes a reclamações por desobediência da SV nº 9.

Dado o fato de essa reclamação, até 15 de setembro de 2010, ter sido a única a ser julgada pelo Tribunal Pleno, bem como pela importância da referida decisão enquanto precedente, é relevante apontar mais algumas questões pertinentes debatidas quando da sua apreciação pelo Plenário.

No julgamento do mérito, concluiu a Relatora que o Ministério Público do Estado de São Paulo não possui legitimidade para propor originariamente reclamação perante o STF, uma vez que incumbe ao PGR exercer as funções do Ministério Público junto ao STF, nos termos da Lei Complementar 75/93.

No caso em tela, a questão da ilegitimidade ativa, posta pelo MPF, quando da manifestação do Procurador-Geral da República, como preliminar e reconhecida pela Min. Ellen Gracie, teria sido corrigida pela ratificação da petição inicial, assumindo o PGR a iniciativa da demanda. Todavia, tal orientação não foi compartilhada por todos os ministros, uma vez que os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello reconheceram expressamente a

plena legitimidade do Ministério Público estadual para atuar, em sede originária ou recursal, perante o STF, distinguindo sua atividade como autor, como ao figurar como requerente da reclamação, daquela desenvolvida como fiscal da lei. Conforme entendimento dos referidos ministros, somente no exercício desta última função é que apenas o Procurador-Geral da República teria assento no Supremo, podendo haver delegação da atuação aos Subprocuradores.

Muito embora a legitimidade do MP estadual não tenha sido devidamente debatida nos votos de todos os ministros, tendo surgido apenas como preliminar colocada pelo MP federal, é importante destacar o entendimento do STF no tocante a este aspecto, uma vez que se, após apreciação da questão por todos os ministros, colocando fim a tal controvérsia, prevalecesse o posicionamento da Ministra Ellen Gracie, para além de se determinar a vinculação hierárquica do órgão estadual ao Procurador-Geral da República,[55] estar-se-ia criando um filtro para a admissão das reclamações em matéria criminal ajuizadas por instituições estaduais integrantes do Ministério Público - que para além de deter a titularidade das ações penais públicas, atuando como parte processual, não estão subordinadas ao MPF.[56]

Em seu voto, a Relatora concluiu que o acórdão do Tribunal de

---

[55] O art. 127, § 1º da CF/88 determina que a unidade e a indivisibilidade constituem princípios institucionais do Ministério Público. Contudo, deve-se ressaltar que o "a unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-geral, ressalvando-se, porém, que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, inexistindo entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro, nem entre os diversos ramos do Ministério Público da União" (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p.594).

[56] Para além do conteúdo da LC 75/93, devem ser consideradas também as disposições contidas no art. 13 da L.8038/1990, que institui normas procedimentais para determinados processos perante o STJ e o STF, sobre a legitimidade ativa da parte interessada - conceito que ganha abrangência idêntica aos efeitos do julgado a ser preservado, "alcançando todos aqueles que comprovem prejuízo em razão de pronunciamento dos demais órgãos do Poder Judiciário, desde que manifestamente contrários ao julgamento da Corte" (STF: Rcl-AgR nº 1880, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/11/2002) – e do Ministério Público para ajuizar reclamação perante o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, como se constata em seu texto: "para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público". Contudo, o art. 156 do RISTF dispõe que "caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões", restringindo o acesso ao STF, uma vez que prevê a legitimidade exclusiva do PGR para instauração do procedimento da reclamação.

Justiça do Estado de São Paulo, ao não considerar recepcionada a regra do artigo 127 da LEP, realmente afrontou a Súmula Vinculante nº 9. Além disso, concluiu que, conforme alegado pelo Reclamante, o referido acórdão também violou o enunciado da Súmula Vinculante nº 10, uma vez que a 7ª Câmara Criminal, ou seja, órgão fracionário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastou a incidência do artigo 127 da Lei de Execuções Penais, sob o fundamento de que tal dispositivo afrontaria princípios constitucionais.[57] Nessa medida, o voto da Relatora foi acompanhado por todos os ministros.

Deve ser ressaltada ainda a observação mais uma vez reiterada pelo Min. Carlos Britto no sentido de que tal como aprovada pelo STF, a Súmula Vinculante nº 9 não exclui o juízo de proporcionalidade da falta, isto é, a falta grave comporta graduação pelo juízo da execução, "de sorte que não é, simplesmente, por se enquadrar uma falta do preso como grave que se vai estornar, de uma vez por todas, todos os dias remidos, todos os dias contabilizados em favor do preso." [58]

5.7.2. Análise das demais reclamações

O exame do universo das 49 reclamações referentes ao descumprimento da SV nº 9 revela importantes dados acerca da repercussão do verbete na realidade forense brasileira e em relação a seu efeito de uniformizar a jurisprudência nacional.

Do momento da publicação da referida súmula em 20 de junho de 2008 até o dia 15 de setembro de 2010, haviam sido apreciadas e publicadas no *site* oficial do STF reclamações oriundas de apenas quatro

[57] Em manifestação nos autos da Rcl. 6541/SP, ressaltou o Procurador-Geral da República que "o Supremo Tribunal Federal, em reiterados julgados, já decidiu que é considerado 'declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição', exatamente o que se vislumbra nos autos".
[58] STF: Rcl. 6541/SP, voto do Min. Carlos Britto.

Estados da Federação, quais sejam São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e Mato Grosso do Sul.

Aproximadamente 86% das reclamações referentes à desobediência do enunciado vinculante provieram do Estado de São Paulo. O Estado do Rio Grande do Sul respondeu por 8% das reclamações apreciadas pelo STF, seguido do Estado do Rio de Janeiro, do qual provieram 4% das reclamações ajuizadas. O Estado do Mato Grosso do Sul foi responsável por apenas 2% dos casos de descumprimento da Súmula Vinculante nº 9 aqui analisados.

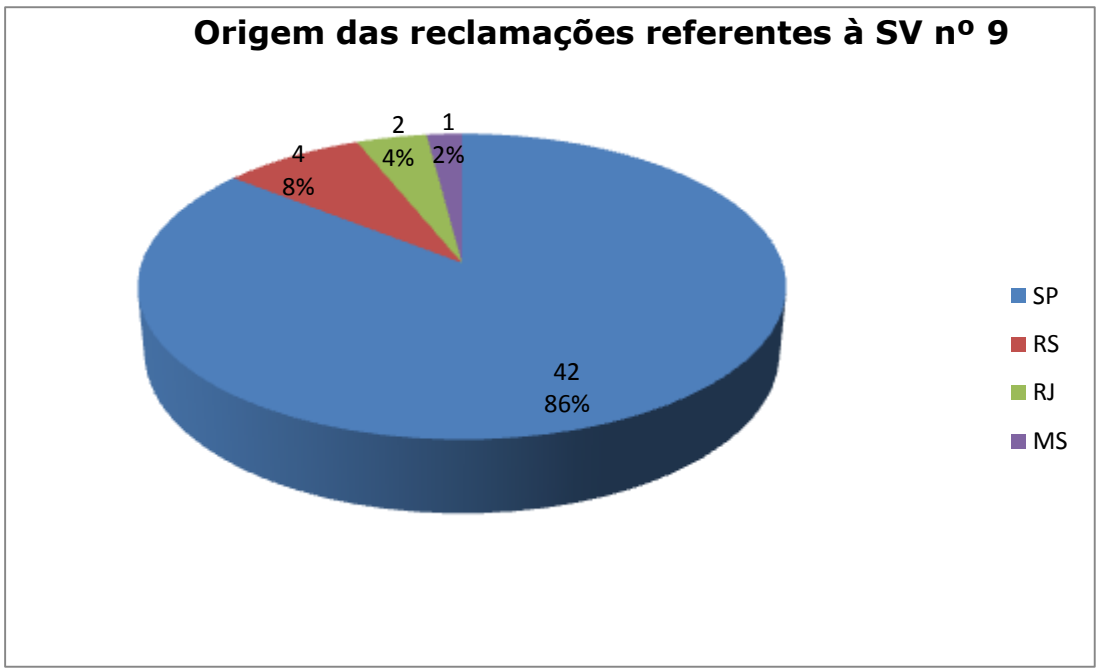

Gráfico 1

Na totalidade dos casos aqui analisados, os órgãos reclamados foram os Tribunais de Justiça dos referidos Estados, enquanto os Ministérios Públicos estaduais figuraram como reclamantes da grande maioria das medidas apreciadas pela Suprema Corte em relação à SV nº 9.

Considerado um total de 27 Tribunais da Justiça Comum,[59] apenas

[59] Considerados os tribunais da Justiça Comum de cada um dos 26 Estados da Federação e o

quatro figuraram como reclamados nos casos analisados, tendo sido o TJ/SP responsável por haver proferido 42 das 49 decisões reclamadas, o que indica que a grande divergência jurisprudencial acerca da interpretação do art. 127 da LEP, após a edição da SV nº 9, pode ser delimitada no espaço, uma vez o Tribunal paulista tem sido o maior descumpridor do entendimento consolidado pelo STF no enunciado ora analisado – entendimento esse que, aparentemente, tem sido acatado pela grande maioria dos tribunais brasileiros.[60]

A relevante divergência jurisprudencial entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro no tocante à possibilidade da perda dos dias remidos pelo trabalho em razão do cometimento de falta grave pelo sentenciado resulta do fato de que, notadamente minimizando o *jus penales puniendi*, com o claro intuito de preservar direitos fundamentais no tocante ao tema da remição, o TJ/SP acabou conferindo não apenas ao artigo 127 da LEP, mas também à própria possibilidade de aplicação de súmulas vinculantes em matéria penal, uma interpretação muito mais benéfica ao réu conforme anteriormente mencionado.

Ademais, a análise dos dados referentes às reclamações relacionadas à SV nº 9 também revela que a desobediência ao entendimento sumulado pela Corte Suprema ocorreu principalmente nos primeiros meses após sua publicação em junho de 2008, pois das 49 reclamações já apreciadas pelo STF, praticamente a metade foi ajuizada entre setembro e dezembro daquele ano, sendo que 21 foram autuadas ao longo de 2009 e apenas 4 no ano corrente. Tal fato parece demonstrar uma tendência de pacificação do entendimento jurisprudencial acerca da constitucionalidade e da aplicação do art. 127 da Lei de Execução Penal, especialmente se atentarmos para a diminuição significativa da quantidade de reclamações julgadas em 2010.

---

do Distrito Federal.

[60] É importante destacar que tal conclusão não pode ser colocada de maneira definitiva, posto que estão sendo analisadas tão-somente as reclamações ajuizadas com base em alegado descumprimento da SV nº 9, o que exclui, necessariamente, aqueles casos em que um Tribunal possa ter conferido à referida súmula uma interpretação desarrazoada ou mesmo afastado completamente sua aplicação, mas nos quais não houve inconformismo por parte do MP estadual ou outra parte interessada.

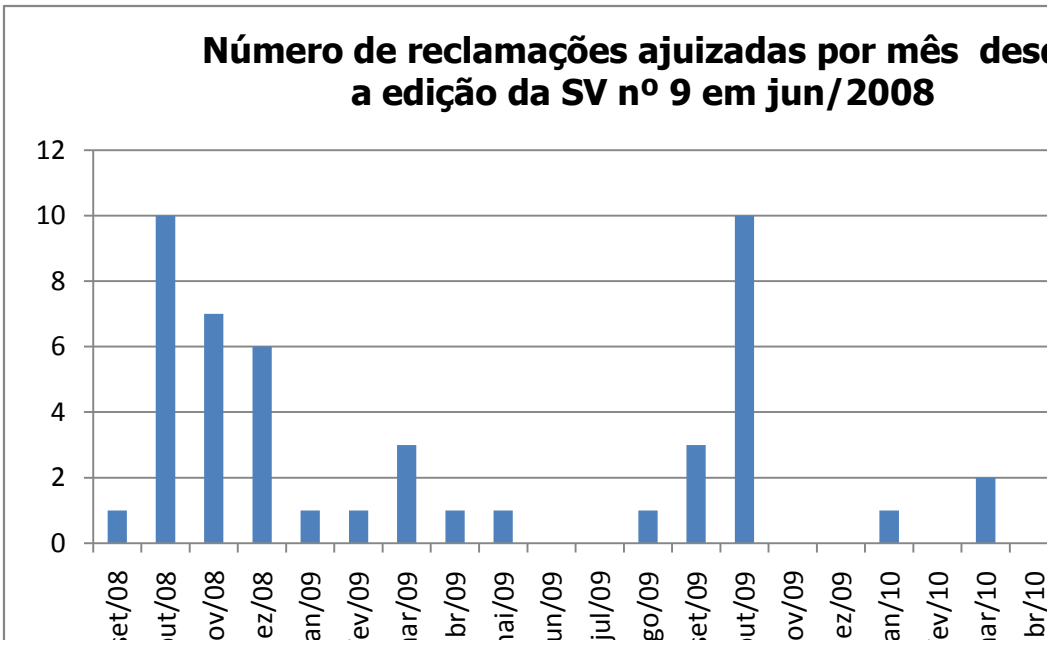

Gráfico 2

Do total de 49 reclamações ajuizadas, 46 foram admitidas pelo STF. Dentre aquelas não conhecidas, tem-se que a Rcl. 9321/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, não foi admitida em razão de a decisão reclamada já haver transitado em julgado, incidindo no caso o conteúdo da súmula 734 do STF.[61] Já a Rcl. 7680/SP, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, e a Rcl. 9327/RJ, que teve como relator o Min. Dias Toffoli, tiveram seu seguimento negado por conseqüência da verificação da existência de óbice processual relativo à ilegitimidade ativa do MP estadual para interpor reclamação perante o STF.

[61] Súmula 734 do STF: "Não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal."

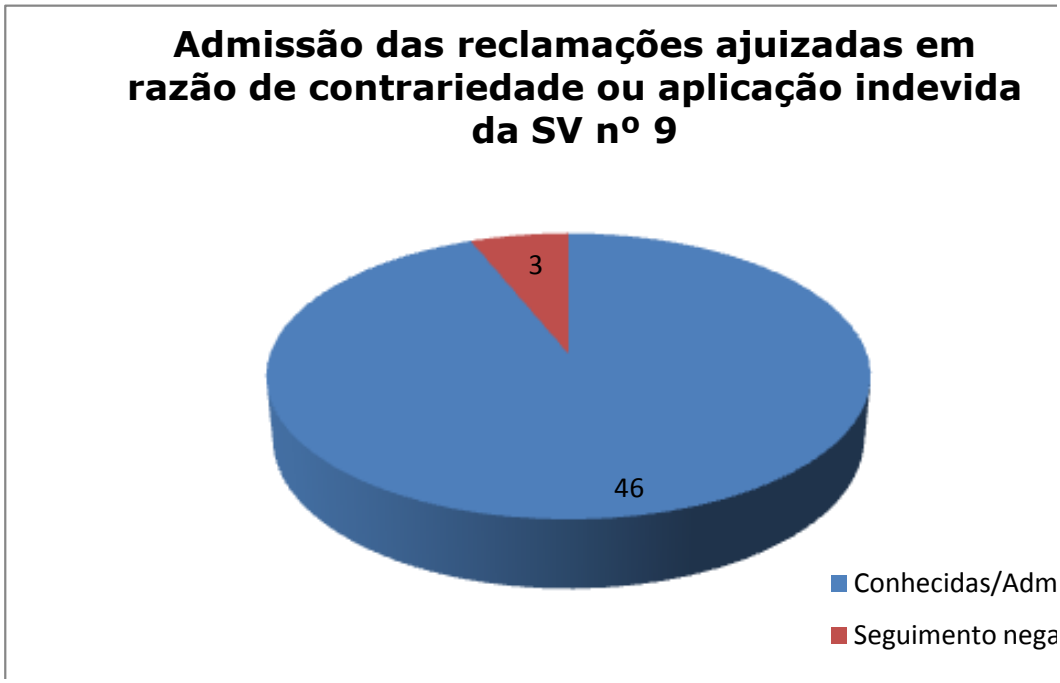

Gráfico 3

No caso da reclamação julgada monocraticamente pelo Min. Dias Toffoli, tem-se que mesmo superado tal obstáculo, aplicar-se-ia a súmula 734 do STF, uma vez que a decisão reclamada já havia transitado em julgado na data de interposição da reclamação.

Na apreciação da Rcl. 7680/SP, ao constatar a ilegitimidade do reclamante, a Min. Carmen Lúcia decidiu automaticamente por negar seguimento à reclamação, nos seguintes termos:

> Verifico desde logo que há evidente óbice processual para o conhecimento desta ação, pois Ministério Público de São Paulo, ora Reclamante, não tem legitimidade para atuar originariamente no Supremo Tribunal Federal, incumbência exclusiva do Procurador-Geral da República. É o que dispõe o art. 46 da Lei Complementar 75/93:
>
> "**Art. 46.** Incumbe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal, manifestando-se previamente em todos os processos de sua competência."

> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se firmado no sentido de não reconhecer a legitimidade de órgão do Ministério Público que não o Procurador-Geral da República como detentor de legitimidade para atuar no Supremo Tribunal Federal. (...)
>
> Vale destacar que na Reclamação nº 2.138/DF, redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 18.4.2008, decidiu-se que não há como qualquer membro do Ministério Público, que não o Procurador-Geral da República, pretender atuar no Supremo Tribunal Federal. Isso porque o Procurador-Geral da República é o único legitimado representante do Ministério Público no Supremo Tribunal Federal – seja com parte ou fiscal da lei. No mesmo sentido o Mandado de Segurança nº 27.723-8/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJE 16.12.2008.
>
> **Pelo exposto, nego seguimento à presente Reclamação.** (grifos da ministra) [62]

O juízo de admissibilidade empreendido pela Ministra é, no mínimo curioso, pois na apreciação superficial das Reclamações 6739/SP (j. 07/10/2008), 6946/SP (j. 17/11/2008), 7101/SP (j. 18/11/2008) e 7248/SP (j. 02/12/2008), igualmente ajuizadas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e das quais a Ministra também foi relatora, a questão da ilegitimidade do *Parquet* estadual não foi sequer mencionada, de modo que as medidas não apenas foram conhecidas, como tiveram seus pedidos de liminar deferidos. Mesmo que se considere o fato de que a ilegitimidade ativa do MP/SP foi, na verdade, suscitada em manifestação do Procurador Geral da República, ao qual, por força do art. 160 do RISTF, deverá sempre ser dada vista dos autos, e somente então passou a ser considerada pela Min. Carmen Lúcia, tem-se que, na apreciação da Rcl. 9293/SP e da Rcl. 9322/MS foi dada a possibilidade de superação de tal óbice processual pela ratificação da inicial pelo PGR, como se pode constatar no seguinte despacho da Ministra datado de 09 de novembro de 2009:

> Constato, desde logo, que há evidente óbice processual para o conhecimento desta reclamação, pois o Ministério Público de São Paulo, ora Reclamante, não tem legitimidade para atuar originariamente no Supremo Tribunal Federal,

[62] STF: Rcl. 7680/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15/04/2009.

> incumbência exclusiva do Procurador-Geral da República, conforme o que dispõe o art. 46 da Lei Complementar 75/93.
>
> (...)
>
> A reclamação por descumprimento de súmula vinculante tem como objetivo resguardar a correta aplicação daquele ato, é de interesse geral e deste Supremo Tribunal que eventuais violações a ela sejam processadas, se for o caso, por este Supremo Tribunal, para que as correções devidas possam ser determinadas, sob pena de insegurança jurídica e frustração da finalidade da súmula.
>
> Assim, visando a sanar o vício originário da ilegitimidade ativa, é prudente a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República, para que, se entender pertinente, possa ratificar os termos da petição de reclamação, como vem sendo prática deste Supremo Tribunal.
>
> (...)
>
> Pelo exposto, **determino a remessa dos autos ao Procurador-Geral da República para, querendo, ratificar os termos da reclamação ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo.**
>
> **Na sequência, venham-me conclusos.** (grifos da ministra) [63]

Com isso, não só tais reclamações foram conhecidas, como acabaram sendo julgadas procedentes, o que revela um sério problema referente ao tratamento processual distinto dispensado pela Ministra a situações processuais idênticas.

Ademais, enquanto os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie também condicionaram claramente o conhecimento das reclamações ajuizadas pelos Ministérios Públicos estaduais à ratificação da demanda pelo PGR, outros como o Min. Marco Aurélio conheceram das medidas sem sequer mencionar tal questão como preliminar.

Vale ainda ressaltar o entendimento do Min. Celso de Mello, segundo o qual o Ministério Público estadual dispõe de legitimidade para ajuizar reclamações, em sede originária, perante o STF, conforme ressaltado no julgamento da Rcl. 7245/SP:

---

[63] Despacho referente à Rcl. 9293/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04/02/2010.

> **Entendo**, *na linha* **de anteriores decisões** por mim proferidas (**Rcl. 7246/SP,** Rel. Min. CELSO DE MELLO, **v.g**.), que o Ministério Público *estadual,* **quando atua** no desempenho **de suas** prerrogativas institucionais **e no âmbito** de processos cuja natureza **justifique** a sua formal participação (**quer** como órgão agente, **quer** como órgão interveniente), **dispõe**, *ele próprio*, **de legitimidade** para ajuizar reclamação, *em sede originária*, **perante** o Supremo Tribunal Federal.
>
> **Não** tem sentido, **por implicar** *ofensa manifesta* à autonomia institucional do Ministério Público dos Estados-membros, **exigir**-se que a sua atuação processual se faça por intermédio do Senhor Procurador-Geral da República, **que não dispõe** de poder de ingerência **na esfera orgânica** do "*Parquet*" estadual, **pois lhe incumbe**, *unicamente*, por expressa definição constitucional (**CF**, art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público *da União.*
>
> **É importante** assinalar, **porque** juridicamente relevante, **que o postulado** da unidade institucional (**que também se estende** ao Ministério Público dos Estados-membros) **reveste-se** de natureza constitucional (**CF**, art. 127, § 1º), **a significar** que o Ministério Público *estadual* **não é** representado – **muito menos** chefiado – pelo Senhor Procurador-Geral da República, **eis que é plena** a autonomia do "*Parquet"* local **em face** do eminente Chefe do Ministério Público *da União*. (grifos do Ministro) [64]

Das implicações dessa controvérsia, quais sejam a negação de seguimento de reclamações ajuizadas pelos Ministérios Públicos estaduais por reconhecimento de sua ilegitimidade ativa *ad causam* em alguns casos e a admissão destas vias de acesso ao STF em outros, decorre a necessidade premente de se uniformizar o entendimento do STF acerca da questão a fim de que se possa garantir maior grau de previsibilidade às decisões da Corte, bem como o tratamento uniforme aos Ministérios Públicos locais, alcançando-se, com isso, maior segurança jurídica.

A análise dos dados referentes às 46 reclamações admitidas pela Suprema Corte brasileira demonstram que, tanto na apreciação

[64] STF: Rcl. 7245/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento 02/08/2010.

do pedido de liminar como no próprio julgamento de mérito desses procedimentos previstos no texto constitucional, os ministros têm, via de regra, assegurado a devida observância do enunciado desta que foi a primeira súmula vinculante em matéria especificamente penal.

Reclamações conhecidas						
Admitidas (analisadas somente quanto ao âmbito do conhecimento)	**Somente analisadas quanto ao pedido de liminar**		**Já julgadas quanto ao mérito**		**Prejudicada**	**Total**
	Liminar deferida	**Liminar indeferida**	**Procedentes**	**Improcedente**		
1	**19**	**4**	**21**	**0**	**1**	**46**

Tabela 1

Dos dados acima apresentados, constatamos que, das reclamações apreciadas tão-somente em relação ao pedido de liminar, em 82,6% dos casos o Tribunal decidiu pelo deferimento da suspensão dos efeitos dos acórdãos reclamados requerida pelos MPs.

O exame dos dados acima também revela a existência de uma única reclamação, qual seja a Rcl. 6857/SP, prejudicada em virtude de posterior decisão extintiva da pena privativa de liberdade.

No tocante àquelas já julgadas quanto ao mérito, constatamos que todas foram julgadas procedentes, de modo que os acórdãos reclamados foram cassados e os tribunais, obrigados a proferir nova decisão com observância do enunciado da Súmula Vinculante nº 9.

É interessante notar que o Min. Marco Aurélio, expressamente contrário à edição da referida súmula vinculante, conforme mencionado anteriormente, admitiu todas as quatro reclamações que lhe foram distribuídas, todavia, indeferiu o pedido de liminar em três delas (Rcl.

6859/SP, Rcl. 7102/SP e Rcl. 7243/SP). No exame do pedido de liminar formulado pelo MP em tais reclamações, o Ministro indeferiu a medida acauteladora de suspensão dos efeitos dos acórdãos reclamados, com base no entendimento de que o TJ/SP não teria afastado a incidência do art. 127 da LEP, mas apenas adotado uma interpretação distinta do dispositivo a partir das peculiaridades do caso tratado pela Rcl. 6859/SP (cautelar julgada em 06/03/2009), ou com base no binômio "justiça" e "segurança jurídica", privilegiando esta última diante da existência de ato judicial com trânsito em julgado, qual seja a declaração da remição pelo Juízo de 1º grau, no caso da Rcl. 7243/SP (liminar julgada em 13/12/2008). Similarmente, no julgamento do pedido de liminar referente à Rcl. 7102/SP, datado de 31 de março de 2009, o indeferimento da medida acauteladora foi justificado através do argumento de que o TJ/SP teria simplesmente observado a existência de preclusão maior quanto a certos dias remidos, o que não representaria desrespeito ao enunciado da SV nº 9, tampouco um desvio desarrazoado de interpretação, uma vez que o verbete, segundo o Ministro, apenas revelaria a harmonia do artigo 127 da LEP com a CF/88, bem como versaria sobre a inaplicabilidade do limite temporal versado no artigo 58 da referida lei.

Com isso, até o dia 15 de setembro de 2010, o afastamento do conteúdo do verbete vinculante sobre a perda dos dias remidos em razão do cometimento de falta grave havia sido mantido, uma vez que as reclamações distribuídas ao Min. Marco Aurélio, cujos pedidos de liminar haviam sido indeferidos, não tinham ainda sido julgadas no mérito.

Constatamos, assim, que ao concluir, após avaliação superficial, que o entendimento consolidado da SV nº 9 seria inaplicável aos casos, o Ministro acabou negando-lhe eficácia em casos nitidamente semelhantes a outros apreciados de modo distinto pelos demais ministros do STF, evidenciando a existência de uma relação entre o entendimento por ele expresso em seus votos vencidos no julgamento dos precedentes - bem como a sua posição contrária à edição do verbete nos debates de aprovação da súmula vinculante nº 9 - e suas decisões quando da apreciação das

reclamações a ele distribuídas.

Já na apreciação da Rcl. 9291/SP, em 12 de abril de 2010, o mesmo ministro deferiu o pedido de liminar para suspender os efeitos do acórdão reclamado, ao reconhecer que o TJ/SP teria afastado a incidência do art. 127 da LEP sem observar a reserva de plenário ao concluir pela impossibilidade de se cogitar da perda dos dias remidos pelo trabalho, o que nitidamente revelaria descompasso em relação às Súmulas Vinculantes 9 e 10 do STF. Nesse caso, verificamos uma alteração no entendimento do Ministro acerca da aplicação do enunciado vinculante nº 9, aproximando-se, assim, da jurisprudência reafirmada pelos demais membros da Corte no julgamento das reclamações.

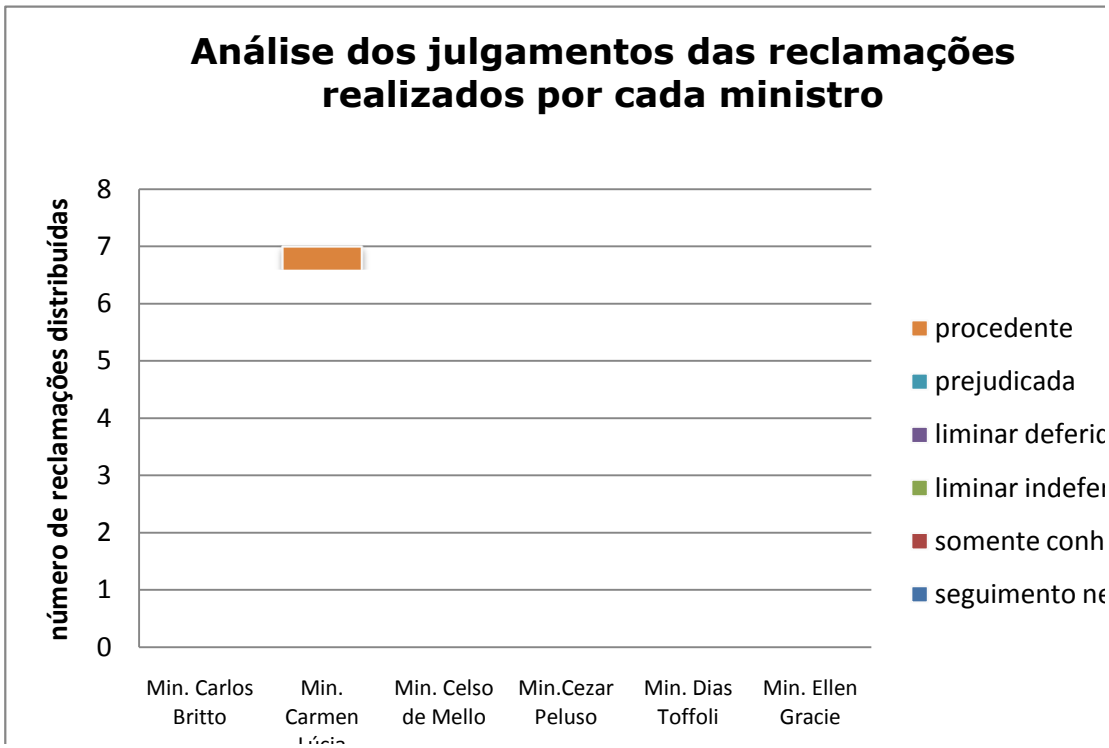

Gráfico 4

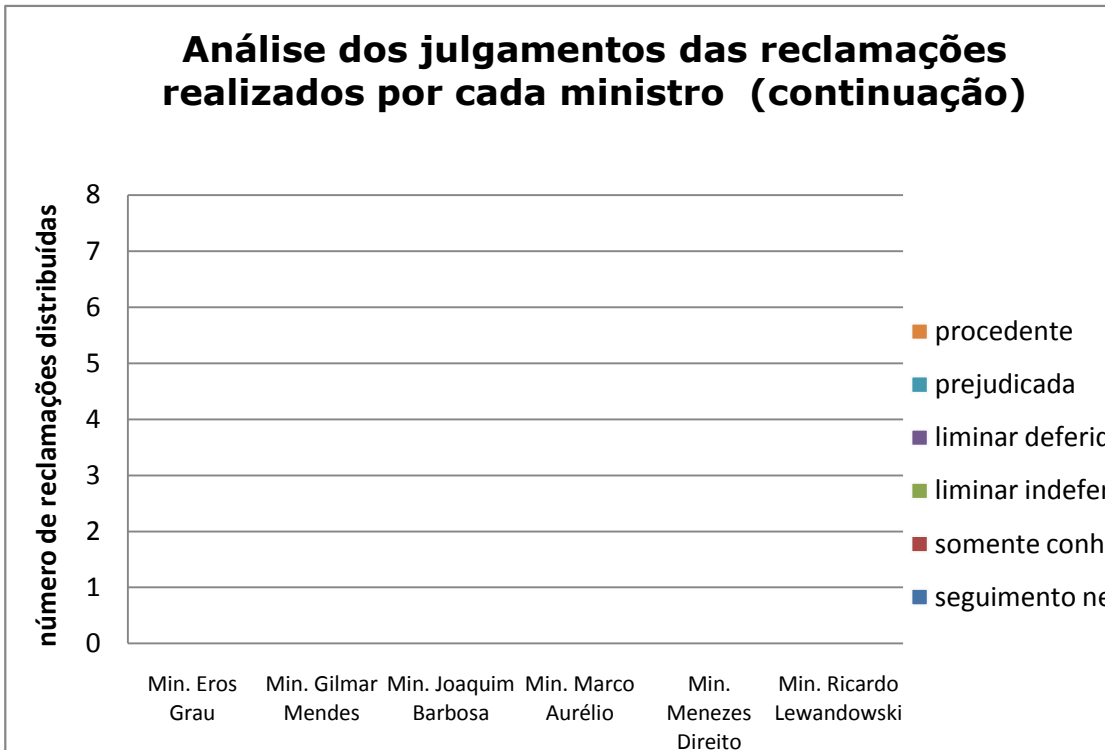

Gráfico 5

***No tratamento dos dados acima, foram consideradas apenas as apreciações de pedido de liminar das reclamações ainda não julgadas em relação ao mérito.**

Os dados referentes à apreciação das reclamações pelo STF revelam ainda outras distinções acerca dos julgamentos de acordo com os ministros aos quais são distribuídas. Isso porque o Min. Eros Grau acabou julgando monocraticamente quatro das cinco reclamações das quais era relator, decidindo imediatamente pela sua procedência – o que revela o claro entendimento de que a matéria apreciada é objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal. Já dentre as reclamações distribuídas para a Min. Ellen Gracie, apenas uma foi julgada no mérito após ter sido enviada ao Plenário, enquanto outra, qual seja a Rcl. 8321/SP, também foi enviada para julgamento pelo Tribunal Pleno. A opção pelo julgamento pelo Colegiado também foi mencionada pelo Min. Marco Aurélio na apreciação do pedido de liminar da Rcl. 7102/SP.

Do acima exposto, concluímos não haver um entendimento uniforme da Corte quanto à possibilidade de julgamento monocrático das

reclamações referentes à SV nº 9 pelo relator nos moldes do parágrafo único do art. 161 do RISTF.

Ademais, conforme já mencionado, não há um entendimento pacífico dos ministros quanto à legitimidade ativa dos Ministérios Públicos estaduais para ajuizar a medida junto ao STF.

Tais constatações acabam fazendo surgir nos jurisdicionados a impressão de que os ministros atuam como se fossem onze juízes singulares, isto é, como se não houvesse um entendimento construído pelo Colegiado com a finalidade de orientar a atuação de cada um dos seus membros no sentido de garantir maior previsibilidade das decisões da Corte e segurança jurídica àqueles que acionam o órgão de cúpula do Judiciário através do instituto da reclamação por contrariedade ou aplicação indevida da SV nº 9.

Vale ressaltar também que, apesar de mencionado pelo Min. Carlos Britto nos debates para a aprovação da SV nº 9, conforme ressaltado anteriormente, o princípio da proporcionalidade, que, segundo o Tribunal, deveria ser aplicado aos casos referentes ao art. 127 da LEP, obrigando o juiz a decretar perdida uma quantidade de dias proporcional à gravidade da falta cometida, não foi incluído no enunciado da súmula e acabou, na maioria dos casos, sendo ignorado pelos magistrados de 1º grau quando da aplicação do dispositivo da LEP. Mesmo tendo sido citado pelos reclamantes, este princípio também não foi considerado pelos ministros do STF quando do julgamento das reclamações, o que nos leva a concluir que, especificamente em relação a essa questão, a Corte entendeu que o enunciado em si, e não os seus precedentes, é que apresenta força vinculante.

Por fim, percebemos que, na grande maioria das decisões monocráticas das reclamações por descumprimento da Súmula Vinculante nº 9, os ministros reiteraram o posicionamento do STF no sentido de que só inexistiria ofensa à autoridade de pronunciamento da Corte se a sentença ou acórdão reclamado, e não o cometimento da falta grave pelo condenado, fosse anterior à decisão emanada pelo STF, descartando, com isso, a

incidência do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa nos casos de aplicação do conteúdo de súmulas vinculantes em matéria penal. Desse modo, podemos concluir que, implicitamente, o Tribunal posiciona-se no sentido de que súmula vinculante não consiste em uma nova norma, mas sim em um instrumento *sui generis* de uniformização jurisprudencial, não estando, portanto, sujeito àqueles princípios do direito penal já mencionados na presente monografia.

6. Súmula Vinculante nº 11

6.1. Enunciado

A segunda súmula vinculante sobre matéria especificamente penal editada de ofício pelo STF apresenta o seguinte enunciado:

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.

6.2. Análise dos precedentes

6.2.1. RHC 56.465- 8/SP[65]

> **EMENTA**: "Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário à ordem dos trabalhos e à segurança das testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido."

Nesse julgamento, ocorrido em 05 de setembro de 1978, isto é, anteriormente à CF/88, a questão principal consistiu na análise da existência ou não de constrangimento ilegal pelo uso de algemas por parte do acusado, durante audiência para tomada de depoimento das testemunhas.

No *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TJ/SP, que já havia indeferido também o pedido de revisão criminal interposto com base na

[65] STF: RHC 56.465-8/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 05/09/1978.

alegação da inépcia da denúncia, na manutenção do réu algemado durante o depoimento testemunhal e no fato de a acusação caracterizar-se pela falta de conexão em relação às alegações finais, em seu voto, o Ministro Relator Cordeiro Guerra concluiu que

> O uso de algemas não constitui constrangimento ilegal, quando necessário a preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga de presos. De fato, compete ao Juiz instrutor a disciplina das audiências e a condução dos trabalhos, de modo a preservar o respeito e a garantia da ordem.[66]

Com base no entendimento acima mencionado, o Ministro negou provimento ao recurso, por haver considerado justificado o emprego de algemas, tendo sido a sua decisão acatada pela unanimidade dos magistrados da Segunda Turma do STF da época. Contudo, não é possível analisar se os requisitos justificantes do uso de algemas mencionados pelo Relator, de fato, estiveram presentes no caso analisado, uma vez que a fundamentação elaborada pelo juiz de 1º grau para manter o réu algemado não foi mencionada no relatório ou nos votos e, pelo fato de haver sido julgado em 1978, as peças referentes a este remédio constitucional não se encontram disponíveis no *site* do STF.

Nesse sentido, não nos parece que este *habeas corpus* apreciado na vigência de outra Constituição Federal apresenta uma discussão aprofundada, argumentos bem fundamentados ou as informações necessárias para que possa ser mencionado como precedente da Súmula Vinculante nº 11.

Muito provavelmente, este julgamento consta da lista oficial de precedentes do referido verbete em razão de haver sido citado pelo Ministério Público Federal no HC 71.195-2/SP que será analisado a seguir.

---

[66] Idem.

6.2.2. Habeas Corpus 71.195-2/SP[67]

> **EMENTA**: "HABEAS CORPUS, CONCURSO MATERIAL DE CRIMES, PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A TRINTA ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA.
>
> I – No concurso material de crimes considera-se, para efeito de protesto por novo júri, cada uma das penas e não sua soma.
>
> II – O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes.
>
> Habeas corpus indeferido."

No julgamento datado de 25 de outubro de 1994, os ministros da Segunda Turma, por unanimidade dos votos, denegaram a ordem de *habeas corpus*, impetrado a fim de impugnar o indeferimento de protesto por novo júri[68] e para questionar a validade de um julgamento pelo fato de o réu ter permanecido algemado em plenário, o que, segundo o condenado, teria influenciado negativamente os jurados.

Em seu voto, o Ministro Relator Francisco Resek reconheceu a impossibilidade de protesto por novo júri quando a aplicação da pena de reclusão igual ou superior a vinte anos resultasse de concurso material de crimes, não tendo sido apenado nenhum deles isoladamente considerados no *quantum* mínimo de vinte anos de reclusão fixado pelo legislador para interposição do recurso pela defesa.

Ademais, considerou o referido Ministro que a utilização das algemas foi devidamente justificada pelo juiz-presidente do Tribunal do Júri, conforme apontado no trecho do acórdão impugnado citado pelo Ministério Público Federal:

---

[67] STF: HC 71.195/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Resek, j. 25/10/1994.

[68] O protesto por novo júri consistia em um recurso exclusivo da defesa que exigia que o condenado fosse submetido a um novo julgamento nos casos em que a sentença condenatória fosse de reclusão por tempo igual ou maior a vinte anos. Os dispositivos que tratavam desse recurso – arts. 607 e 608 do Código de Processo Penal – foram revogados pela L. 11.689/2008, que entrou em vigor em 11 de agosto de 2008.

> Quanto às algemas, como observa o Dr. Promotor, o Magistrado explicou que o réu estava algemado para segurança dele, Juiz, do Dr. Promotor oficiante no Júri, eis que o acusado pretendia agredi-los e o próprio defensor concordou com a não retirada das algemas, tanto que não lavrou qualquer protesto nos autos, sendo certo que procedendo desta forma o Dr. Defensor atestou a inexistência de prejuízo e chegou à conclusão própria de que aquela atitude do Magistrado não poderia influir no espírito dos jurados (...) [69]

No julgamento desse remédio constitucional, nitidamente inspirado no RHC 56.465-8/SP, a Segunda Turma afastou a tese de que a manutenção das algemas teria consistido em ato de mera arbitrariedade, reconhecendo que a medida havia se baseado em circunstâncias concretas mencionadas pelo magistrado de 1º grau e que teria contado com a expressa concordância do advogado de defesa.

6.2.3. Habeas Corpus 89.429-1/RO[70]

> **EMENTA:** "*HABEAS CORPUS*. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.
>
> 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundamentada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra as próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.
> 2. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes.
> *Habeas corpus* concedido."

[69] Idem.
[70] STF: HC 89.429-1/RO, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 22/08/2006.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado para que fosse deferido ao Paciente salvo-conduto para lhe assegurar o direito de não ser algemado ou exposto à exibição para as câmeras da imprensa.

No caso ora analisado, o Paciente, ocupante do cargo de Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, se encontrava encarcerado na Superintendência da Polícia Federal em Brasília e seria levado para audiência no STJ, após haver sido preso em sua residência por policiais federais, que, ao cumprirem mandado expedido pelo STJ, algemaram-no e o exibiram com algemas a toda a imprensa nacional.

A defesa do investigado solicitou, então, a expedição de ordem à autoridade policial para que se abstivesse do uso de algemas no Paciente por ocasião de sua transferência, bem como em qualquer outro procedimento que viesse a ser adotado em razão de sua submissão à especial condição de preso sujeito a um processo penal.

Relativamente à primeira parte do pedido, isto é, aquela referente à audiência no STJ, o pedido de liminar foi concedido.

A questão principal debatida pelos ministros da Primeira Turma do STF no julgamento deste remédio constitucional consistiu no uso de algemas no paciente pelas autoridades policiais, o que, de acordo com o Impetrante, teria configurado uma forma de constrangimento ilegal, uma vez que a medida teria sido excessiva e sem justificativa em face da conduta passiva do Paciente, que não teria apresentado qualquer obstáculo ao cumprimento da ordem de prisão que lhe fora dada.

Sustentou o Impetrante que o tratamento dispensado ao Paciente decorreria do fato de, no Brasil, o uso de algemas não estar regulamentado. No tocante a este argumento, em seu voto, a Ministra Relatora Cármen Lúcia afirmou que:

> Se nele [sistema jurídico vigente no Brasil] não se encontram regras específicas e expressas sobre aquele meio empregado pelas autoridades policiais e judiciais [o uso de algemas], é bem certo que o sistema baliza as normas e princípios e até mesmo as regras que definem e limitam o uso daquele

> instrumento.
> De resto, uma olhada breve na legislação deixa patenteado que sempre houve uma preocupação da legislação com o uso do que, inicialmente, eram os ferros, com os quais se prendiam as pessoas.
> (...)
> **O Código Penal e o Processo Penal vigentes atualmente não tratam, específica e expressamente, do uso de algemas**. Daí haver reiteradas referências à omissão legislativa quanto a esta providência que, assim, ficaria na discrição administrativa das autoridades policiais e, eventualmente, das judiciais.
> Todavia, conforme afirmei na decisão sobre a liminar, a Lei de Execuções Penais, em seu art. 199, determina que o emprego da algema seja regulamentado por decreto federal, o que ainda não ocorreu.
> (...)
> Nem de longe, portanto, se há de pensar que a utilização daquele instrumento possa ser arbitrária ou tolerada sem que regras jurídicas vigorem no País quanto ao seu emprego, pois **a forma juridicamente válida do seu uso pode ser <u>inferida</u> a partir da interpretação dos princípios e até mesmo das regras vigentes**. (grifos nossos) [71]

A Ministra fundamentou seu entendimento no artigo 284 do Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, o qual, mesmo sem se valer da palavra *algema*, dispõe que "não será permitido o uso de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso", de onde, segundo a Relatora, se extrai a interpretação de que as algemas só podem ser empregadas para conter a violência ou impedir a fuga da pessoa presa. Ademais, mencionou o artigo 292 do mesmo diploma legal, que ao dispor sobre a prisão em flagrante, permite que o executor e as pessoas que o auxiliarem utilizem os "meios necessários" para que se assegure a eficácia das medidas adotadas, em caso de resistência. Baseou-se também no art. 5º, inc. III, da CF/88, que, em sua parte final, assegura que ninguém será submetido a tratamento degradante, e que, em seu inc. X, tutela o direito à intimidade, à imagem e à honra das pessoas.

Ademais, invocou a recomendação n. 33 da ONU, que, muito embora não tenha natureza de norma cogente, serviria de fonte de interpretação para os Estados signatários ao versar sobre instrumentos de coação

[71] Idem.

empregados nos prisioneiros, estabelecendo que o emprego de algemas jamais poderia constituir medida de punição.

Com o objetivo de reforçar a base legal de sua interpretação a respeito do uso daquele instrumento de contenção a Ministra ainda ressaltou ser o Brasil parte de tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, que prevê que ninguém será submetido a torturas, penas ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

Como parte de seu exame acerca do tema, a Relatora estabeleceu que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade representariam as chaves hermenêuticas mais apropriadas para realizar a função de balizamento jurídico do emprego de algemas na persecução penal, de modo que sua utilização só poderia ser tida como juridicamente sustentada se houvesse razão para tal medida, isto é, se ela fosse necessária, e se guardasse proporção legítima em relação ao comportamento adotado pelo suspeito ou acusado.

Constatou, ainda, a Relatora que as algemas teriam se tornado "símbolo da ação policial, de um lado, e da submissão do preso àquele que cumpre a ordem de prisão",[72] sendo que com esta figuração "pode se tornar uma fonte de abusos e de ação espetaculosa, que promove a prisão como forma de humilhação do preso e não de garantia da segurança das providências adotadas".[73] Insistindo nessa análise, apontou que, nos tempos atuais, estaríamos vivendo um Estado de espetáculo, no qual as imagens deveriam ser fortes, fazendo surgir mídias e formas sem conteúdo, que tornariam a prisão "um ato deste grande teatro que se põe como se fosse bastante a apresentação dos criminosos e não a apuração e a punição dos crimes na forma da lei".[74]

A análise empreendida pela Ministra pareceu muito mais consistir em uma repreensão do órgão de cúpula do Judiciário a um uso recorrente de algemas em prisões que visavam provocar grande estardalhaço e comoção pública - o que foi caracterizado pela Relatora como a imposição de uma

[72] Idem.
[73] Idem.
[74] Idem.

pena antes mesmo de se finalizar a apuração necessária dos fatos e o devido processo penal – do que a apreciação dos fatos constantes nos autos do caso *sub judice*. Esta percepção é corroborada pelo voto do Min. Carlos Britto, que se manifestou claramente acerca de sua preocupação com as filmagens das prisões, identificando nessas situações um antagonismo entre dois valores constitucionais, quais sejam a liberdade de informação jornalística, regulada pelo art. 220, § 1º da CF/88,[75] e o direito individual à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, constantes do art. 5º, inciso X, do texto constitucional, ao qual a liberdade da imprensa está condicionada.

Em seu voto, a Ministra concluiu que a utilização abusiva de algemas, "em tese, deve mesmo constituir crime",[76] em consonância com as previsões contidas na Lei 4.898/65, que regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade, cujo art. 4º, alínea b, descreve que a conduta consistente em "submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou constrangimento não autorizado em lei" constitui hipótese de abuso de autoridade, estando sujeito o seu autor às sanções administrativas, civis e penais. Além disso, a Relatora defendeu que o uso de algemas não deveria ser, de modo algum, arbitrário, devendo sempre ocorrer excepcionalmente, em situação de urgência, com base em motivação clara e expressa, com o intuito de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, bem como de evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo.

Com base nos fatos constantes dos autos e nos argumentos acima sintetizados, ao contrário dos precedentes já analisados, a Relatora concedeu o *habeas corpus*, confirmando a liminar anteriormente deferida e determinando que as autoridades tidas como coatoras se abstivessem de fazer uso de algemas no Paciente, a não ser em caso de reação violenta que

[75] Art. 220, § 1º da CF/88: "Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, ***observado o disposto no art. 5º***, IV, V, ***X,*** XIII e XIV." (grifos nossos).
[76] STF: HC 89.429/RO.

viesse a ser por ele adotada e que colocasse em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, o emprego da contenção deveria ser imediata e motivadamente comunicado ao STF.

Os demais ministros da Primeira Turma acompanharam, unanimemente, a fundamentação desenvolvida pela Relatora em seu voto, tendo acrescentado o Min. Carlos Britto que "não se pode espetacularizar o ofício público, sobretudo nessa quadra histórica que bem poderíamos chamar de 'idade mídia'".[77] Em seu voto, o Ministro explicitou ainda a instituição à qual se destinavam as críticas levantadas pelo STF ao afirmar que

> (...) a licitude da filmagem passa a depender da licitude do uso das algemas. O que não se pode é isolar uma pessoa num canto, num espaço, para que ela seja filmada, especificamente filmada sob algemas e **com um emblema ainda da Polícia Federal bem à mostra**, como se o algemado estivesse a **propagandear a eficiência da instituição policial.** (grifos nossos) [78]

O julgamento desse remédio constitucional ocorrido em 22 de agosto de 2006 acabou se transformando em uma discussão acerca de uma situação mais abrangente, a qual nos pareceu que os ministros do STF queriam restringir através de uma apreciação jurídica à luz dos princípios constitucionais, conforme podemos constatar no seguinte trecho proferido pela Min. Cármen Lúcia:

> (...) houve várias manifestações de autoridades e de policiais que são muito contra qualquer manifestação do Poder Judiciário, inclusive sobre esse tema. Eles dizem que haveria uma coibição, porque, quando fazem isso, quase que demonstram à sociedade, mostram simbolicamente, tanto que não podem ser impedidos nem o Direito impede o uso de algemas. Só que a algema é voltada a uma finalidade, não pode servir de uma forma de publicizar determinadas atitudes. E houve nesses últimos dias, inclusive, em cartas,

[77] Idem.
[78] Idem.

> manifestações em jornais, muitas reações contra a coibição do uso de algemas, como nós estamos falando.[79]

Muito embora se tratasse de um caso específico, envolvendo um Paciente com *status* de membro do Tribunal de Contas de Rondônia, ao conceder o *habeas corpus*, os ministros da Segunda Turma fizeram questão de ressaltar que o entendimento formado naquele julgamento poderia ser aplicado a todas as hipóteses envolvendo a possibilidade de exibição de presos em situação humilhante, de acordo com o que se pode extrair do voto do Min. Carlos Britto:

> Porém creio que o direito do paciente não reside no seu status de membro do Tribunal de Contas de Rondônia, mas enquanto indivíduo, ser humano, porque o tratamento humilhante, desonroso, infamante, desfalca o ser humano não daquilo que ele tem, mas daquilo que ele é (...)
>
> Então, todo ser humano tem o direito de não ser tratado de modo infamante, de modo degradante, de modo humilhante e, nesse caso, sigo o voto da eminente Relatora, fazendo apenas essa distinção: não é tão-só pelo fato de se tratar de um agente público de primeiro escalão, membro do Tribunal de Contas, ocupante de um cargo de existência necessária, mas por ser um indivíduo, um ser humano, é que ele merece essa proteção constitucional.[80]

6.2.4. Habeas Corpus 91.952-9/SP[81]

> **EMENTA:** "ALGEMAS – UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga.
>
> JULGAMENTO – ACUSADO ALGEMADO – TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do tribunal do Júri, resultando o fato

[79] Idem.
[80] Idem.
[81] STF: HC 91.952-9/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/08/2008.

na insubsistência do veredicto condenatório."

Nesse julgamento, ocorrido em 07 de agosto de 2008, a principal questão debatida relacionou-se com a manutenção do réu algemado durante julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

No caso ora examinado, tem-se que o Paciente foi denunciado pela prática de homicídio qualificado por motivo fútil, meio cruel e mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, bem assim pelo porte de arma de fogo em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Havendo sido recebida a denúncia, o réu foi pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista, tendo sido condenado à pena de treze anos e seis meses de reclusão pela prática do crime de homicídio e à pena de um ano de detenção e dez dias-multa pelo porte de arma de fogo.

A defesa, então, interpôs recurso de apelação contra a sentença condenatória, arguindo preliminares de nulidade do julgamento por diversas razões, dentre as quais cabe aqui destacar o fato de o réu ter permanecido algemado durante todo o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri. O TJ/SP negou provimento ao apelo no tocante à nulidade por conta da manutenção das algemas. Interpostos embargos de declaração, foram estes desprovidos.

A defesa protocolou recurso especial, que não foi admitido, e, então, interpôs agravo de instrumento contra esta decisão, sendo que, até o julgamento do presente *habeas corpus*, o recurso aguardava remessa ao STJ.

Ademais, foi impetrado *habeas corpus*, perante o STJ, no qual foram alegadas as mesmas nulidades do julgamento constantes do recurso de apelação. Uma vez mais o Poder Judiciário indeferiu o pedido atinente à nulidade pelo fato de o réu ter permanecido algemado durante a sessão do Júri, sendo este o ato impugnado pelo *habeas corpus* ora analisado.

A impetração da ordem fundamentou-se na decisão do HC 89.429-

1/RO, acima mencionado, no qual os ministros do STF concluíram que o uso de algemas deveria necessariamente obedecer aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de nulidade.

Os Impetrantes apontaram a inexistência de justificativa para a manutenção do réu algemado, o que teria configurado constrangimento ilegal, e afirmaram ter havido desrespeito ao princípio da isonomia, dado o desequilíbrio na igualdade de armas entre a acusação e a defesa, pelo fato de que procedimento teria influído negativamente na concepção dos jurados no momento de decidir. Com base em tais alegações, foi, então, requerida a concessão da ordem para declarar nulo o julgamento, a partir do libelo, e a submissão do Paciente a novo julgamento.

Em seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio destacou que, inicialmente, dever-se-ia levar em consideração o princípio da não-culpabilidade a fim de que se pudesse analisar se a manutenção do réu algemado encontrava-se em consonância com a CF/88. Ressaltou ainda o Ministro que, da leitura do rol das garantias constitucionais contidas nos vários incisos do art. 5º, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso, garantindo-lhe um tratamento humanitário a fim de preservar sua dignidade. Da interpretação sistêmica de tais preceitos, resultaria que

> Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.[82]

Com o intuito de conferir mais força à sua argumentação de defesa das garantias daqueles submetidos a persecuções penais, o Ministro invocou o HC 71.195-2/SP, relatado pelo Min. Francisco Rezek, já examinado neste

[82] Idem.

capítulo, defendendo que naquele julgamento "a Segunda Turma assentou que a utilização de algemas em sessão de julgamento somente se justifica quando não existe outro meio menos gravoso para alcançar o objetivo visado" [83], bem como o HC 89.429-1/RO, de relatoria da Min. Carmen Lúcia, acima analisado. Todavia, parece-nos que o *habeas corpus* relatado pela Ministra não apresenta uma situação fática semelhante ao caso em exame e que aquele de relatoria do Min. Resek não apresenta o mesmo posicionamento da Corte acerca do uso de algemas em julgamentos. Isso porque no HC 89.429-1/RO foi apreciada uma situação de utilização de algemas no momento da prisão e do transporte do investigado e no HC 71.195-2/SP a análise do emprego de algemas recebeu atenção e relevância nitidamente distintas por parte dos ministros do STF, que se ativeram tão-somente ao caso concreto descrito nos autos, decidindo pela denegação da ordem.

Com isso concluímos que, na realidade, os precedentes até então examinados não dialogam tão intimamente entre si, uma vez que os julgamentos revelam distinções do entendimento jurisprudencial do STF com relação à legitimidade do emprego de algemas.

A hipótese aqui formulada decorre da constatação de que, conforme destacado anteriormente, no HC 71.195-2/SP, diferentemente do ocorrido nas prolongadas reflexões da Relatora do HC 89.429-1/RO, a Segunda Turma prontamente afastou a tese de que a manutenção do réu algemado durante o procedimento do Júri teria consistido em ato de mera arbitrariedade, uma vez que havia se baseado em circunstâncias concretas mencionadas pelo magistrado de 1º grau e que teria contado com a expressa concordância do advogado de defesa. No sucinto julgamento daquele remédio constitucional, posicionaram-se os ministros no sentido de que a utilização de algemas seria legítima, desde que justificada para a manutenção da ordem dos trabalhos e de garantia da segurança dos presentes, não se aprofundando na discussão do uso de algemas em abstrato e nada mencionando sobre o requisito de não haver outro meio

[83] Idem.

menos gravoso para alcançar o objetivo visado pelo magistrado. Já no julgamento do HC 89.429-1/RO, os ministros acabaram estabelecendo mais requisitos e passaram a exigir a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a utilização legítima daquele instrumento de contenção.

Na apreciação do HC 91.952-9/SP, assim como já havia feito a Min. Carmen Lúcia no precedente acima citado, o Min. Marco Aurélio destacou em seu voto a base legal da interpretação por ele conferida ao uso de algemas, referindo-se aos artigos 284 e 292 do CPP,[84] que dispõem sobre a prisão e a liberdade provisória, e ao art. 199 da Lei de Execução Penal,[85] que dispõe acerca do caráter excepcional do emprego de algemas e prevê que tal procedimento deverá ser disciplinado por decreto federal.

Assim como ocorrido no HC 89.429-1/RO, fica evidente, no julgamento ora analisado, a tentativa de utilização de um caso específico submetido à Corte para que os ministros do STF se manifestassem acerca de uma situação recorrente, por eles considerada abusiva, como se pode constatar também em alguns trechos do voto do Relator:

> Não bastasse a clareza vernacular do artigo 284, a afastar o emprego de força, tomada esta no sentido abrangente – **ante abusos de toda sorte, vendo-se, nos veículos de comunicação, algemadas pessoas sem o menor traço agressivo, até mesmo outrora detentoras de cargos da maior importância na República, em verdadeira imposição de castigo humilhante, vexaminoso** -, veio à balha norma simplesmente interpretativa, e, portanto, pedagógica, específica quanto à postura a ser adotada em relação ao acusado na sessão de julgamento pelos populares, pelos iguais, alfim, pelo Júri. A recente Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, ao implementar nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, tornou estreme de dúvidas

[84] Código de Processo Penal:
Art. 284 - Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.
Art. 292 - Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

[85] Em seu voto o Ministro cita o art. 159 da LEP, quando na verdade o dispositivo que trata sobre o tema discutido é o art. 199 que determina que "o emprego de algemas será disciplinado por decreto federal".

> a excepcionalidade do uso de algemas.
>
> (...)
>
> **É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto de abuso de autoridade, considerado o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados.** A Lei em comento – nº 4.898/65, editada em pleno regime de exceção -, no artigo 4º, enquadra como abuso de autoridade cercear a liberdade individual sem as formalidades legais ou com abuso de poder – alínea 'a' – e submeter pessoa sob guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado por lei – alínea 'b'. (grifos nossos). [86]

Também o Min. Cezar Peluso, nas considerações iniciais de seu voto, explicitou o caráter pedagógico[87] conferido à apreciação deste caso concreto, nos seguintes termos:

> Senhor Presidente, eu poderia simplesmente, mais uma vez, acompanhar o brilhante e exaustivo voto do eminente Relator (...), mas dois motivos me levam a não proferir um voto extremamente simples.
>
> O primeiro deles é pela **importância – vamos dizer – política, no alto sentido, desta decisão da Corte que deve servir de orientação baseada num caso concreto, mas <u>com reflexos sobre fatos que vêm se sucedendo atualmente</u>**. Trata-se, portanto, de **tema da mais plena atualidade e, por isso mesmo, reclama decisão mais explícita e ampla desta Corte**.
>
> Em segundo lugar, Senhor Presidente, porque tenho a honra de ter sido designado presidente de Comissão da ONU para reforma da sua resolução sobre regras mínimas para tratamento de presos. E este é tema que tem preocupado essa Comissão internacional.[88] (grifos nossos)

No tocante à apreciação do caso específico trazido à Corte, concluiu o

[86] STF: HC 91.952-9/SP.
[87] Tal função foi claramente mencionada pelo Min. Marco Aurélio ao final do Julgamento do HC 91.952-9/SP: "o Supremo tem papel pedagógico da maior importância, considerada a busca de dias melhores".
[88] STF: HC 91.952-9/SP.

Relator que não havia sido apontado nenhum dado concreto relativo ao perfil do acusado que justificasse, em prol da segurança, a sua permanência algemado, havendo, inclusive, o seu defensor solicitado a retirada das algemas para que o ânimo dos jurados não fosse influenciado indevidamente.

Quanto à alegação da juíza presidente do Tribunal do Júri de que, no dia do julgamento, havia apenas dois policiais civis fazendo a segurança no momento, o Min. Marco Aurélio afirmou que

> (...) a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.[89]

É relevante mencionar que, em seu voto, o Min. Menezes Direito destacou o fato de não estar sendo julgado o uso das algemas em tese, mas sim o seu emprego em um caso concreto durante a realização de um julgamento pelo Tribunal do Júri. Mesmo compartilhando e corroborando o entendimento de que o uso de algemas sempre deveria configurar uma exceção nos casos em que houvesse justificativa para tanto, e, em se tratando do Tribunal do Júri, desde que demonstrada a periculosidade do réu, o Ministro defendeu a impossibilidade de se aplicar ao julgamento ora analisado o precedente de relatoria da Min. Carmen Lúcia, qual seja o HC 89.429-1/RO. Isso porque, de acordo com seu entendimento, por nós aqui compartilhado, as situações alcançadas em cada um dos julgamentos seriam muito distintas, devendo ser ressaltada, no julgamento do HC 91.952-9/SP, a circunstância principal referente à leitura realizada pela juíza de 1º grau acerca da normalidade do uso das algemas, após não haver identificado nenhum fato que pudesse autorizar o uso excepcional daquele instrumento.

Também o Min. Eros Grau se pronunciou sobre a relevância do

[89] Idem.

julgamento deste remédio constitucional, afirmando que

> Embora – como observou o Ministro Menezes Direito – não estejamos traçando uma norma geral sobre a matéria, **estamos afirmando o que esta Corte entende a respeito da matéria**.
>
> (...)
>
> Penso, acompanhando plenamente o voto do Ministro Marco Aurélio, que talvez fosse o **momento de afirmarmos, com maior ênfase --- eu diria até de incitarmos --- o exercício do direito de representação assegurado pela Lei nº 4.898, artigo 4º, alínea "b" (...)**
>
> Eu diria, no *obter dictum*, que talvez incumbisse à Corte deixar isso bem claro. Vamos sugerir que o direito seja aplicado. (grifos nossos)[90]

Os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia, assim como os demais, também acompanharam o voto do Relator, reiterando o fato de que, diante do júri, as algemas projetam uma imagem impactante no julgador leigo, de que o réu seria uma pessoa perigosa e violenta, influenciando-o negativamente. Uma vez que os jurados decidem com base na íntima convicção, não sendo necessária a formulação de qualquer fundamentação, o emprego de algemas deve ser excepcional a fim de evitar que eles se impressionem e se dramatize, ainda mais, a situação do réu submetido a julgamento.

Segundo os ministros, a excepcionalidade que justifica o emprego de algemas não poderia ser demonstrada por formulações genéricas, como aquelas referentes a uma simples necessidade de maior segurança para a preservação do bom andamento dos trabalhos, sem que se destaquem as circunstâncias do caso concreto nas quais se baseia o temor do magistrado.[91] Em relação a tais circunstâncias, a Min. Ellen Gracie posicionou-se no sentido de que o uso de algemas seria autorizado em

---

[90] Idem.

[91] Nesse sentido, vale ressaltar a conclusão do Min. Carlos Britto no julgamento do HC 91.952-9/SP: "entendo que é lícito, sim, ao juiz, em decisão fundamentada, em despacho fundamentado, submeter o preso, o réu, perante o plenário do Tribunal do Júri, a algemas, desde que o faça fundamentadamente, a partir de critérios objetivos que tenham a ver com a personalidade, com a situação do agente".

situações excepcionalíssimas como

> (...) quando haja a tentativa ou possibilidade de tentativa de fuga do acusado, quando ele ofereça resistência ou quando constitua um perigo ou ameaça à própria integridade física ou à dos presentes na audiência.[92]

Ao se manifestar sobre o caso em julgamento, o Min. Gilmar Mendes, inicialmente, fundamentou a necessidade de o Tribunal se manifestar sobre a questão por consistir em tema que exigiria tratamento sob a perspectiva constitucional, por estar relacionado diretamente com a dignidade da pessoa humana e a proibição da tortura. Todavia, a seguir, revelou a intenção real de que o posicionamento dos ministros em relação ao emprego de algemas deveria sim ir além da situação do júri, já que para esta circunstância específica haveria previsão legal resultante de uma nova lei que entraria em vigor nos dias seguintes. Com isso, sugeriu o Ministro que o Tribunal deixasse claro, na própria decisão, que o entendimento ali explicitado deveria repercutir em todos os demais casos, tendo conseguido o apoio até mesmo do Min. Menezes Direito, que, anteriormente em seu voto, havia ressaltado o fato de a Corte estar avaliando um caso concreto e não a utilização de algemas de modo abstrato.

A ideia relativa à edição de uma súmula vinculante sobre o tema decorreu exatamente do debate realizado após manifestação do Min. Gilmar Mendes, presidente do STF à época. Sugeriu, então, o Min. Cezar Peluso a edição de um enunciado que sintetizasse o pensamento desenvolvido pelo Tribunal, tendo o Min. Marco Aurélio, relator do caso ora analisado, se prontificado a encaminhar proposta de edição de verbete vinculante sobre a matéria, baseada na norma constitucional – art. 5º da CF/88 - sobre a dignidade e integridade física e moral do preso.

Sendo assim, após manifestação de dez dos onze ministros do STF,[93] foi concedida, por unanimidade, a ordem para tornar insubsistente a

---

[92] HC. 91.952-9/SP.
[93] O único membro da Corte ausente justificadamente foi o Min. Celso de Mello.

decisão do Tribunal do Júri, nos termos do voto do Relator, determinando que outro julgamento fosse realizado, com a manutenção do acusado sem as algemas.

É importante notar que no caso ora examinado os ministros do STF avaliaram o conteúdo das justificativas apresentadas pelo Juízo de 1º grau para o emprego das algemas e consideram-no insatisfatório.

Vale ressaltar, ainda, a relevância desse julgamento, uma vez que representa o precedente oficial mais recente da SV nº 11 e que, além disso, consiste no único caso julgado pelo Plenário, por iniciativa do Min. Marco Aurélio, e do qual decorreu a proposta de edição de súmula vinculante sobre a matéria.

6.3. Debates para aprovação da SV nº 11[94]

Editada de ofício na 20ª Sessão Ordinária do Plenário do STF, em 13 de agosto de 2008, isto é, uma semana após o julgamento do qual resultou a sugestão de sua elaboração - qual seja o HC 91.952-9/SP -, conforme entendimento dos próprios ministros do STF, a SV nº 11 teve como finalidade precípua afastar qualquer dúvida acerca do caráter excepcional do uso de algemas, ressaltando que a regra é "ter-se, com as cautelas próprias, a condução do cidadão, respeitando-se, como requer a Constituição Federal, a respectiva integridade física e moral." [95]

Baseado no Recurso de *Habeas Corpus* nº 56.465/SP, relatado pelo Min. Cordeiro Guerra, no HC 71.195-2/SP, de relatoria do Min. Francisco Rezek, no HC 89.429-1/RO, relatado pela Min. Carmen Lúcia e no HC 91.952-9/SP, do qual ele mesmo foi relator, o Min. Marco Aurélio apresentou esboço de enunciado para a edição da segunda súmula

[94] Incluímos nesta seção a análise dos Debates para a Aprovação da Súmula Vinculante nº 11 em razão de neles se encontrar a interpretação inicialmente conferida pelos ministros ao enunciado vinculante editado de ofício pela Corte - e que será utilizado como parâmetro para que possamos avaliar em que medida o entendimento do STF se alterou após a publicação do verbete.
[95] STF: Debates e aprovação da Súmula Vinculante nº 11, 13/08/2008, DJe nº 214/2008.

vinculante de matéria propriamente penal.

Partindo da Constituição Federal de 1988 - ao fazer referência direta à dignidade da pessoa humana disposta como um dos fundamentos da República no art. 1º e ao respeito à integridade física e moral do preso, presente no inciso XLIX do art. 5º do Diploma Maior –, do Código de Processo Penal, que segundo o Ministro, "contém dispositivo que, se interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas", [96] do Código de Processo Penal Militar e da lei referente ao abuso de autoridade, o Min. Marco Aurélio formulou a seguinte proposta de verbete para apreciação pelo Colegiado: "Preso. Uso de algemas. A utilização de algemas, sempre excepcional, pressupõe o real risco de fuga ou a periculosidade do conduzido, cabendo evitá-la ante a dignidade do cidadão." [97]

Inicialmente, é curioso notar a clara mudança de posicionamento do Min. Marco Aurélio com relação ao procedimento por ele defendido para elaboração de súmulas vinculantes. Isso porque, se nos debates para aprovação da SV nº 9, o Ministro posicionou-se claramente contra a formulação do enunciado de verbete vinculante pelos próprios membros da Corte, no caso da excepcionalidade do uso de algemas o Ministro sequer considerou submeter a proposta de súmula à Comissão de Jurisprudência do STF com o intuito de assegurar uma maior reflexão sobre a matéria, além de permitir que este órgão elaborasse um enunciado com o devido cuidado, garantindo que o STF consolidasse sua jurisprudência com mais segurança.

Com a finalidade de explicitar melhor o posicionamento da Corte, o Min. Cezar Peluso, então, propôs outra redação: "Só é lícito o uso de algemas em caso de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia por parte do custodiado." [98] O Ministro ainda defendeu não ser suficiente consolidar o entendimento da Corte em um enunciado, sustentando ser também necessário que o Tribunal deixasse

[96] Idem.
[97] Idem.
[98] Idem.

claras as conseqüências jurídicas da inobservância da súmula vinculante, como podemos constatar no seguinte trecho:

> O Tribunal não pode transformá-la [a súmula vinculante] em mera recomendação, no sentido de que os agentes de autoridade possam, segundo o seu arbítrio, cumpri-la, ou não, sem nenhuma conseqüência.[99]

Contudo, devemos lembrar que, conforme já mencionado em capítulos anteriores, a desobediência do conteúdo de verbete com força vinculante - ou a sua aplicação indevida - acarreta como conseqüência jurídica a possibilidade de ajuizamento de reclamação, isto é, de uma medida direta ao STF, que pode, de acordo com a análise do caso, anular o ato administrativo ou cassar a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida.[100] Dada a existência de previsão legal de conseqüências jurídicas para o descumprimento de súmulas vinculantes, torna-se nítida a tentativa por parte da Corte Suprema de estabelecer uma sanção mais severa específica àqueles que desobedecerem a seu entendimento consolidado sobre a excepcionalidade do uso de algemas, atribuindo, assim, força de lei à sua súmula, o que para além de representar uma clara distorção no emprego destes enunciados e constituir uma hipótese de usurpação da competência legislativa do Congresso, também viola o princípio da legalidade ao criar uma sanção por meio deste tipo de verbete.[101]

A constatação acima se fundamenta também na manifestação do Min.

---

[99] Idem.

[100] Conforme disposição do art. 7º, § 2º da Lei. 11.417/2006.

[101] Ao decidir pela inclusão de uma sanção específica para o descumprimento da referida súmula vinculante, o STF foi além da fundamentação principal dos julgamentos dos precedentes, rompendo a esperada correspondência entre enunciado da súmula e o decidido nos precedentes e passando a legislar positivamente, conforme analisa Maria Olívia Junqueira: "a base material para limitar o alcance do disposto no enunciado da súmula vinculante são exatamente os precedentes. Se não ficar adstrito a esse limite, o STF estará deliberadamente a legislar." JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da súmula vinculante pelo STF – Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo, 2009, p.45. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/149_Monografia%20Maria%20Olivia.pdf. Acesso em: 05 de julho de 2010.

Cezar Peluso, no julgamento do HC 91.952/SP, na qual foi sugerida a edição de súmula vinculante com a finalidade de suprir o vácuo legislativo até então existente, antecipando os efeitos jurídicos de projeto de lei sobre o tema em tramitação no Congresso

> Senhor presidente, consulto a Vossa Excelência e à Corte se não seria caso de, diante dos precedentes e de mais esse julgamento pelo Plenário, editarmos súmula que sintetize o pensamento do Tribunal, a despeito de ter sido aprovado, porque nem sabemos se isso se converterá em lei, recente projeto do Senador Demóstenes Torres e que basicamente atende a todas as exigências da Corte. Talvez fosse oportuno que a Corte editasse uma súmula.[102]

Durante os debates, também o Min. Menezes Direito suscitou o problema relativo a uma possível desqualificação de decisão tomada à unanimidade pela mais alta corte do país por delegados da Polícia Federal, por entenderem ser normal o uso de algemas, concluindo que:

> É necessário explicitar isso [que o descumprimento da súmula vinculante traz conseqüências] concretamente, porque não pode a decisão da Corte Suprema ficar subordinada a essas manifestações completamente extemporâneas de afronta visível ao que aqui foi decidido.[103]

---

[102] STF: HC 91.952/SP. Em sua fala, o Min. Cezar Peluso se referia ao Projeto de Lei do Senado nº 185, de 2004, aprovado no dia anterior, isto é, em 06 de agosto de 2008, por unanimidade pela Comissão de Constituição e Justiça e que, até 02 de novembro de 2010, ainda se encontrava em tramitação no Congresso. O texto regulamenta o emprego de algemas em todo o território nacional. Seus dispositivos proíbem o uso da contenção no ato de prisão de suspeito ou condenado que não oferecer resistência aos policiais e nos casos onde não haja risco de fuga do acusado ou de ameaça aos agentes públicos, além de proibir o uso de algemas como forma de sanção e quando o investigado ou acusado, espontaneamente, se apresentar à autoridade administrativa ou judiciária. Impõe a obrigatoriedade de fundamentação nos casos de utilização de algemas e prevê a apuração de responsabilidade penal da autoridade que descumprir as previsões ali contidas. Como justificação do projeto, tem-se que "busca suprir uma grave lacuna no ordenamento jurídico nacional: a regulamentação do emprego de algemas. Vê-se com freqüência, os direitos fundamentais do preso serem afrontados, principalmente quando, sob o foco da mídia, são, sem qualquer necessidade concreta, usados como meio de propaganda policial ou política, e expostos pelo próprio Estado à curiosidade popular" (Projeto de Lei do Senado nº 185, de 2004, disponível em http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=68460. Acesso em 01.11. 2010)

[103] STF: Debates e aprovação da Súmula Vinculante nº 11.

Ao se manifestar a respeito do enunciado da SV nº 11, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, observou que a avaliação da aplicação do conteúdo do verbete a situações concretas potencialmente conflituosas, como nos casos de cumprimento de um mandado judicial de constrição da liberdade por um agente público, exigiria grande rigor por parte do Judiciário, a fim de que apreciações superficiais dos casos, com uma conseqüente anulação reiterada de processos, não acarretassem uma situação de desestabilização do trabalho do Estado quando age nessa função importante de manter a segurança e de dar apoio à atuação jurisdicional de persecução penal, o que resultaria na inviabilização do interesse da própria sociedade de conter a criminalidade e usar, quando necessário, a força na exata medida.

Nesse mesmo sentido, o Min. Cezar Peluso acentuou que a interpretação dos casos concretos deveria ser feita sempre em favor do agente ou da autoridade, uma vez que, segundo ele, o ato de prender ou de conduzir um preso seria sempre perigoso, o que revelou, já no momento de edição do enunciado, uma sutil mudança de entendimento da Corte em relação à análise da legitimidade do emprego da contenção. Nesse sentido, afirmou o Ministro que

> (...) só vamos reconhecer ilícito, quando este fique claro, como o caso em que se aplicam as algemas sem nenhum risco, com o só propósito de expor o preso à execração pública, ou de lhe impor, longe do público, constrangimento absolutamente desnecessário.
>
> Nos casos de dúvida, a interpretação tem sempre de ser a favor do agente do Estado, porque realmente é situação perigosa a de conduzir preso.[104]

Soma-se ao argumento acima mencionado, a observação realizada pelo mesmo ministro de que "qualquer investigador de polícia sabe quando deve usar as algemas. O resto é polêmica que tem outros propósitos. Não

[104] Idem.

há nenhuma dificuldade de ordem prática em aplicar a súmula (...)",[105] o que acarreta alguns problemas que já podiam ser identificados antecipadamente, quais sejam o da falta de parâmetros precisos para o julgamento de casos futuros e a dificuldade de se comprovar o descumprimento da súmula em casos que não forem objeto de interesse da mídia.

Após longo debate acerca não apenas do conteúdo em si, mas também da escolha lexical mais adequada para sintetizar o entendimento consolidado pela Corte em um único enunciado, bem como sobre aspectos semânticos e sintáticos, o resultado da construção do enunciado pelo Colegiado foi

> 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 de 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.

Do exame do debate para aprovação da SV nº 11, decorre a constatação da motivação predominantemente política da edição do referido enunciado, em uma tentativa de contenção de eventuais abusos cometidos pela Polícia Federal.

Concluímos que esta súmula vinculante foi, na verdade, empregada como resposta não a uma controvérsia jurídica existente, mas como reação da mais alta corte nacional a uma situação fática recorrente, com o intuito de explicitar o entendimento do STF sobre fatos divulgados largamente pela mídia.

Além disso, vale destacar que a dificuldade enfrentada pelos ministros na elaboração do enunciado parece decorrer diretamente do fato de os precedentes não tratarem de matéria idêntica e de não haver

[105] Idem.

previsão legal que regulamentasse o tema do uso de algemas, de modo geral, na persecução penal, o que necessariamente obrigou os magistrados a realizar uma interpretação teleológica e sistêmica de vários dispositivos encontrados em diferentes diplomas legais de nosso ordenamento e que teve que ser sintetizada em um único verbete.[106]

6.4. Propostas externas de cancelamento da SV nº 11

Tamanha foi a repercussão da edição da súmula vinculante sobre a excepcionalidade do uso de algemas que em pouco menos de três meses de sua publicação na imprensa oficial, foram ajuizadas duas propostas de cancelamento do enunciado: a Proposta de Súmula Vinculante nº 13 (PSV 13) e a Proposta de Súmula Vinculante nº 16 (PSV 16).

A possibilidade de revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes está prevista na CF/88, que em seu art. 103-A, § 2º, assim dispõe:

> Art. 103-A, § 2º. Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

De acordo com o art. 2º, § 3º da L. 11.417/06, assim como a edição, também a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependem de decisão da aprovação de dois terços dos membros do STF, em decisão plenária.[107]

---

[106] Nesse sentido mesmo sentido, Maria Olívia Pessoni Junqueira conclui que: "na súmula vinculante 11, cujo tema é a excepcionalidade do uso de algemas, há algumas decisões que convergem do sentido da tese fixada na súmula vinculante [sic]. O principal elemento, no entanto, que se usa para justificar a súmula são as diversas disposições no ordenamento jurídico das quais seu teor poderia ser deduzido, e não fundamentalmente as reiteradas manifestações do Supremo sobre aquela questão. No julgamento do HC 91.952 o ministro Cezar Peluso ressalta a importância política da decisão do STF neste caso, que, ainda que baseada num caso concreto, deveria produzir reflexos em fatos recentes. Em momento posterior, sugere que se faça uma súmula que sintetize o pensamento do STF, a despeito de ter sido aprovado projeto de lei que atendia basicamente a todas as exigências da decisão do STF. Os ministros concordam com a decisão." Op. cit., p.29.

[107] Além dos dois dispositivos mencionados, em dezembro de 2008, a Resolução 388 do STF

Utilizando-se dessa possibilidade jurídica, a Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL) e o Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping (IDELOS) pediram o cancelamento da Súmula Vinculante nº 11, logo após a sua edição.

6.4.1. PSV nº 13

Conforme anteriormente mencionado, a L. 11.417/2006 disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal. Baseada no art. 3º da referida lei, no qual se encontra um rol taxativo dos legitimados para apresentar propostas de tais medidas, em 02 de outubro de 2008, a Confederação Brasileira dos Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL) ajuizou a PSV nº 13, requerendo o cancelamento da SV nº 11 do STF.

Segundo a COBRAPOL, o Supremo Tribunal Federal teria cometido ato de manifesta ilegalidade ao editar, "de forma negligente",[108] uma súmula que viola a CF/88, uma vez que o verbete representaria ofensa ao princípio da isonomia. Isso porque, de acordo com os argumentos expostos na petição inicial, a edição da referida súmula com base na ponderação entre o direito de imagem do indivíduo e a liberdade de informação da mídia, resguardando a todo custo aquele primeiro valor, teria acarretado, como um de seus efeitos negativos mais nítidos, o tratamento diferenciado de acusados ricos e pobres, criando uma norma para proteção da elite corrupta do país.

---

instituiu que todas as propostas relativas a súmulas vinculantes – sejam de edição, revisão ou mesmo de cancelamento – deveriam ser autuadas como "Proposta de Súmula Vinculante" (PSV). Tais processos devem tramitar sempre em formato eletrônico e ter edital publicado no Diário da Justiça para que interessados se manifestem no prazo de cinco dias sobre a matéria. Após esse prazo, os ministros integrantes da Comissão de Jurisprudência deverão analisar a adequação formal da proposta. A competência para submeter a PSV ao Plenário é do presidente do STF e, durante o julgamento, o Procurador-Geral da República deverá ser ouvido e eventuais interessados na matéria poderão se pronunciar sobre o tema da proposta de súmula.

[108] STF: Proposta de Súmula Vinculante 13 (PSV 13) – Petição inicial da COBRAPOL – p. 3.

A entidade sindical também se posicionou no sentido de que a súmula afrontaria a presunção de probidade e legalidade dos Profissionais da Segurança Pública, que, além de terem seu direito à segurança e o direito à vida colocados em xeque pelo entendimento sumulado, estariam ainda sendo punidos antecipadamente pelo enunciado.

Para a Proponente, da perspectiva material, o uso de algemas até poderia ter sido objeto de súmula vinculante. Contudo, dada a imprevisibilidade do comportamento humano, aponta que

> Essa súmula seria aceitável se editada após estudo específico, com a participação dos operadores que atuam na área da Segurança Pública, que testemunhassem aos graduados, pós-graduados, mestres, doutores e Ph.D's a operacionalidade (prática) da Segurança Pública no Brasil. Somente se houvesse esse compartilhamento de informações, entre prática e teoria, é que se veria um resultado eficiente, baseado na moralidade, legalidade, impessoalidade (...)[109]

Ainda de acordo com a COBRAPOL, em termos dos respectivos requisitos constitucionais, a edição da Súmula Vinculante nº 11 pelo STF "fere de morte a relação entre as funções típicas de cada Poder, pois usurpa a função do Poder Legislativo (que tem função típica de elaborar leis)",[110] uma vez que a Lei de Execução Penal dispõe em seu art. 199 que o emprego de algemas deverá ser disciplinado por decreto federal. Ao editar súmula vinculante de ofício e com base em apenas três julgados (RHC 56.465, HC 71.195 e HC 89.429), a Corte Suprema teria legislado positivamente sobre matéria infraconstitucional, ferindo as disposições contidas no art. 103-A, *caput*, da CF/88.

No tocante à apreciação da PSV nº 13, os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa manifestaram-se pela sua adequação formal, em 26 de junho de 2009 e 03 de agosto de 2009, respectivamente, tendo a Presidente da Comissão de Jurisprudência – Min. Ellen Gracie -

[109] Idem, p.6.
[110] Idem, p.7.

decidido no mesmo sentido em 26 de agosto do mesmo ano. Todavia, até 02 de novembro de 2010, a PSV nº 13 ainda não havia sido julgada pelo Plenário.

6.4.2. PSV nº 16

Em 06 de novembro de 2008, o Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping (IDELOS), associação civil de Direito Privado, de caráter social direcionada a lojistas de shopping, propôs o cancelamento da Súmula Vinculante nº 11 (Proposta de Súmula Vinculante nº 16 – PSV nº 16), alegando que:

> Até os magistrados estão preocupados com a edição da referida súmula, pois segundo entendimento dos juízes, algemas nunca foi tema de controvérsia em seu universo [sic]. Por isso não poderia ser motivo para regra vinculante. Além do que os magistrados estão inseguros. Eles temem que no caso de um policial fazer uso do equipamento, todo o processo que resultou naquela ordem de custódia restará prejudicado, desfeito e acabado.
>
> (...)
>
> Também é sabido que referida súmula foi editada em um momento de forte tensão entre o Supremo Tribunal Federal e a Polícia Federal, decorrentes da prisão de certas pessoas (banqueiros, políticos, etc.), realizadas por ordem do Judiciário de Primeiro Grau, numa operação policial batizada de Satiagraha.[111]

Muito embora, de uma maneira geral, a argumentação desenvolvida pelo IDELOS seja notadamente desprovida de maior fundamentação, concluindo que a utilização de algemas não deve ser excepcional, mas sim que é regra – uma vez que, segundo o Instituto, quem está preso deve usar algemas, o que, de acordo com o entendimento formulado, representaria um tratamento isonômico-, a análise das alegações acima mencionadas é

[111] Proposta de Súmula Vinculante nº 16 (PSV 16) - Petição Inicial da IDELOS, p. 11 e 12.

pertinente por revelar a interpretação de determinados setores da sociedade acerca da edição da SV nº 11.

De uma maneira geral, percebemos que tanto a COBRAPOL como o IDELOS avaliaram a edição da SV nº 11 pelo STF como uma resposta desse órgão não a uma controvérsia jurídica relevante e a reiterados casos analisados, mas sim como uma reação a procedimentos considerados abusivos da Polícia Federal, como já havia sido mencionado anteriormente.

Na apreciação da PSV nº 16, nossa Suprema Corte inicialmente constatou a ilegitimidade ativa *ad causam* da associação proponente, uma vez que o IDELOS constitui mera sociedade civil, não se identificando com quaisquer dos legitimados descritos no art. 103 da CF/88. Ademais, a Comissão de Jurisprudência do STF concluiu ser flagrante a ausência de pertinência entre os propósitos institucionais do requerente e o conteúdo temático da súmula vinculante que pretendia ver cancelada, manifestando-se, assim, pelo arquivamento da proposta.

Ausentes os requisitos formais para a tramitação dessa proposta externa de cancelamento de súmula vinculante, a Presidência do STF determinou, em 28 de maio de 2009, o seu arquivamento.

6.5. Análise das reclamações ajuizadas em razão de contrariedade ao enunciado da SV nº 11 ou sua aplicação indevida

Até o dia 15 de setembro de 2010, haviam sido publicadas, no sítio eletrônico do STF, 49 reclamações ajuizadas em razão de descumprimento ou aplicação indevida do conteúdo do enunciado da súmula vinculante sobre a excepcionalidade do uso de algemas, conforme examinaremos a seguir.

6.5.1. Rcl. 7814/RJ[112] - julgamento pelo Tribunal Pleno

A análise da Rcl. 7814/RJ apresenta grande relevância pelo fato de ser a única reclamação disponível no *site* do STF que foi julgada em plenário.

Ajuizada em 02 de março de 2009, em razão de autorização concedida pelo juiz oficiante para emprego de algemas no cumprimento de decreto de prisão preventiva de um denunciado, esta reclamação teve seu pedido de liminar indeferido pela Relatora Min. Cármen Lúcia em 12 de março do mesmo ano, com base no entendimento de que os fatos narrados e os elementos presentes nos autos não indicavam claramente desconformidade com a SV nº 11.

Segundo a Ministra, ao autorizar a utilização de algemas no decreto de prisão preventiva, o magistrado não teria determinado seu uso, mas apenas deixado à discrição da autoridade policial que cumpriria a decisão judicial a avaliação sobre a necessidade de emprego daquele meio de contenção, tendo em vista as circunstâncias do momento da diligência. Ademais, ressaltou a Relatora que o magistrado havia explicitado em sua decisão a necessidade de observância estrita ao conteúdo da Súmula Vinculante nº 11.

No julgamento da medida acauteladora, a Relatora observou ainda que

> De se observar não ter sido abolido o uso de algemas no exercício jurídico-policial brasileiro. O que se tem, sobretudo a partir da edição da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, é a limitação a abusos que como tais fizeram notar no cenário nacional por sua desproporcionalidade, na maior parte das vezes sob as luzes glamourosas [sic] da mídia.[113]

[112] STF: Rcl. 7814/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 27/05/2010.
[113] STF: Rcl. 7814 MC/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12/03/2009.

Em 27 de maio de 2010, a reclamação foi julgada improcedente, por unanimidade de votos, pelo Tribunal Pleno, com base na falta de demonstração, por parte do Reclamante, de que autoridade policial tivesse, durante o cumprimento do mandado de prisão, feito uso de algemas e no entendimento de que o uso desse instrumento somente afronta o enunciado da súmula quando não justificado por escrito, isto é, quando empregado sem razão ou com a finalidade de impor ao indivíduo constrangimento absolutamente desnecessário.

6.5.2. Demais reclamações

O exame das 49 reclamações ajuizadas em razão do descumprimento da SV nº 11 aponta alguns dados de extrema relevância para a análise da repercussão do verbete na realidade forense brasileira e da eficácia a ele conferida pelo STF.

Inicialmente, cabe mencionar que, diferentemente do constatado em relação às reclamações referentes à desobediência do enunciado da SV nº 9, as reclamações relacionadas ao verbete sobre o uso de algemas apresentaram origem bastante diversa, como se pode constatar no gráfico abaixo.

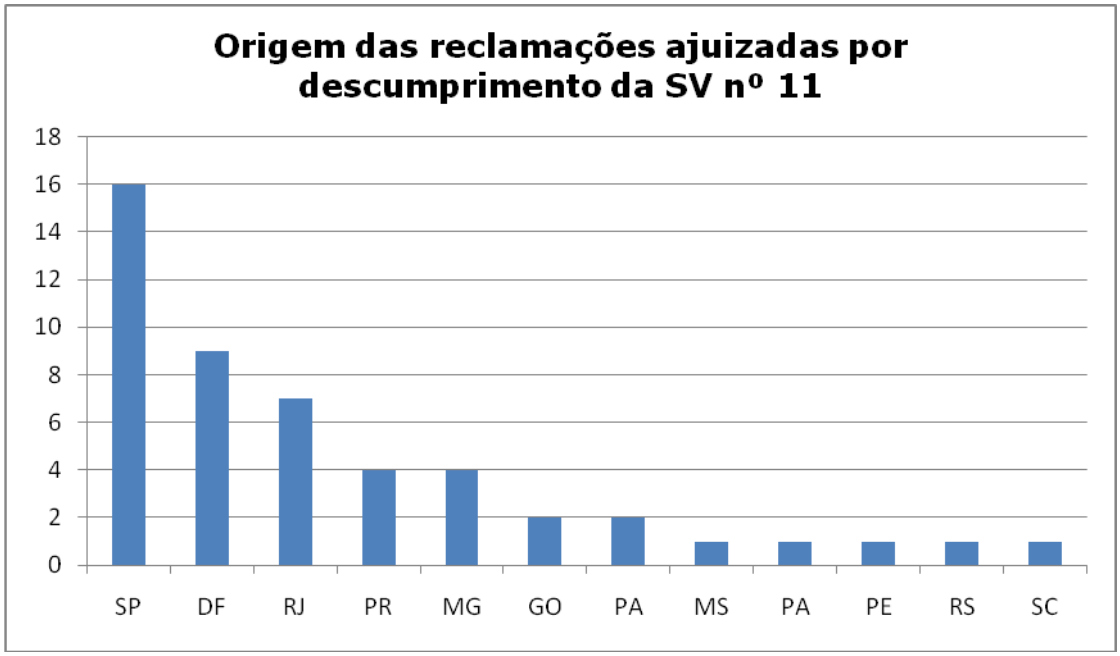

Gráfico 6

Oriundas de 11 Estados da Federação e também do Distrito Federal, ao contrário do que se poderia imaginar, estas reclamações foram, em sua grande maioria, ajuizadas contra atos de magistrados e não de agentes da Polícia Judiciária. Os grandes reclamados dos casos analisados foram juízes de 1º grau da Justiça Estadual, ao passo que apenas na Rcl. 7926/MG encontramos um Delegado da Polícia Federal figurando como reclamado, em razão do emprego de algemas quando da prisão do Reclamante em flagrante delito.

Vale apontar que na Rcl. 8945/GO, muito embora o Reclamante tenha apontado o Tribunal de Justiça de Goiás como reclamado, o Ministro Relator Joaquim Barbosa reconheceu que a demanda tinha como alvo ato praticado por policiais, no momento do cumprimento do mandado de prisão preventiva decretada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Aparecida de Goiânia, o que faz com que haja mais um caso de reclamação contra agente da Polícia Judiciária, além daquele considerado no gráfico abaixo.

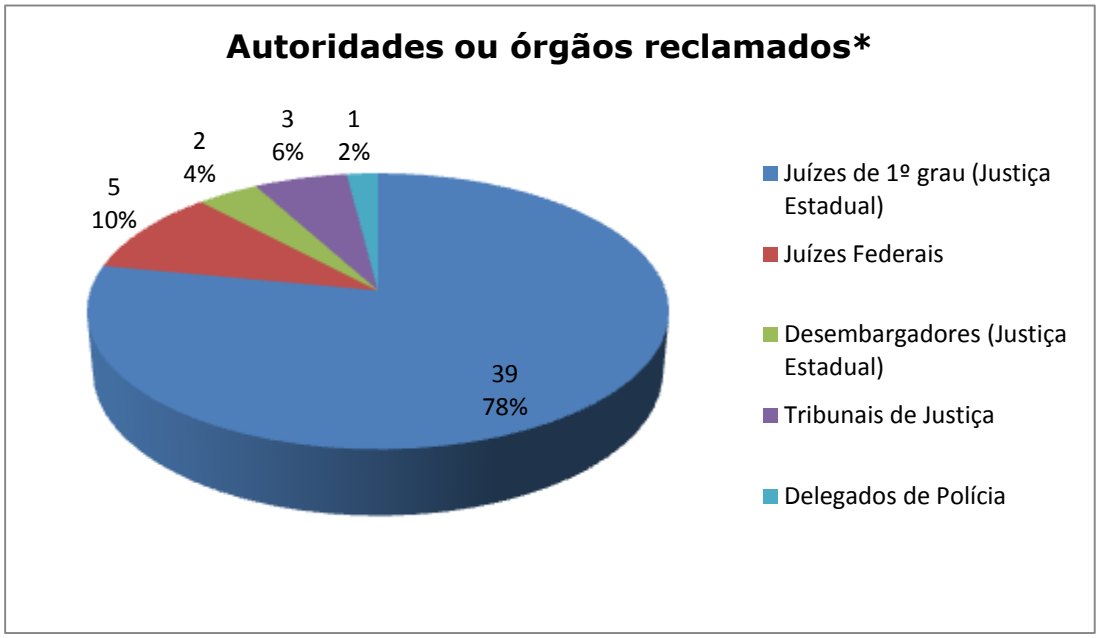

Gráfico 7

* No total, há 40 autoridades reclamadas, pois na Rcl. 6919/DF figuram como reclamados tanto o Juiz de Direito do Tribunal do Júri de Brasília quanto o Desembargador Relator do HC nº 2008.00.2.014121-5 do TJ/DF.

Em relação às demais reclamações ajuizadas contra atos de Tribunais, verificamos que na Rcl. 8333/RS, cujo seguimento foi negado, o TJ/RS apareceu como reclamado pelo fato de haver negado provimento à apelação de sentença que não reconheceu o direito de indenização por dano moral a indivíduo algemado no momento de sua prisão. Por ser o único caso no qual se cogitou sobre a possibilidade de indenização, é relevante mencionar o entendimento expresso no julgamento dos embargos de declaração relativos àquela reclamação pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski a respeito da responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de desobediência do conteúdo sumular por seus agentes:

> Verifica-se, dessa forma, que não houve qualquer afronta à Súmula Vinculante 11, uma vez que esse verbete não impõe que toda ação de responsabilidade civil do Estado seja julgada procedente.

> **A caracterização da responsabilidade estatal, pelo uso indevido de algemas, ficará a cargo do juízo competente**. [114] (grifos nossos)

Já na Rcl. 9877/DF, de relatoria da Min. Ellen Gracie, ajuizada contra o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o ato reclamado consistiu na rejeição da preliminar de nulidade do interrogatório do reclamante em razão do uso indevido de algemas.

No tocante aos atos reclamados nas medidas aqui analisadas, em sua grande maioria, constatamos que consistiram na manutenção dos réus algemados durante as audiências de instrução e julgamento, que, segundo os reclamantes, não haveria sido devidamente fundamentada pelos magistrados.

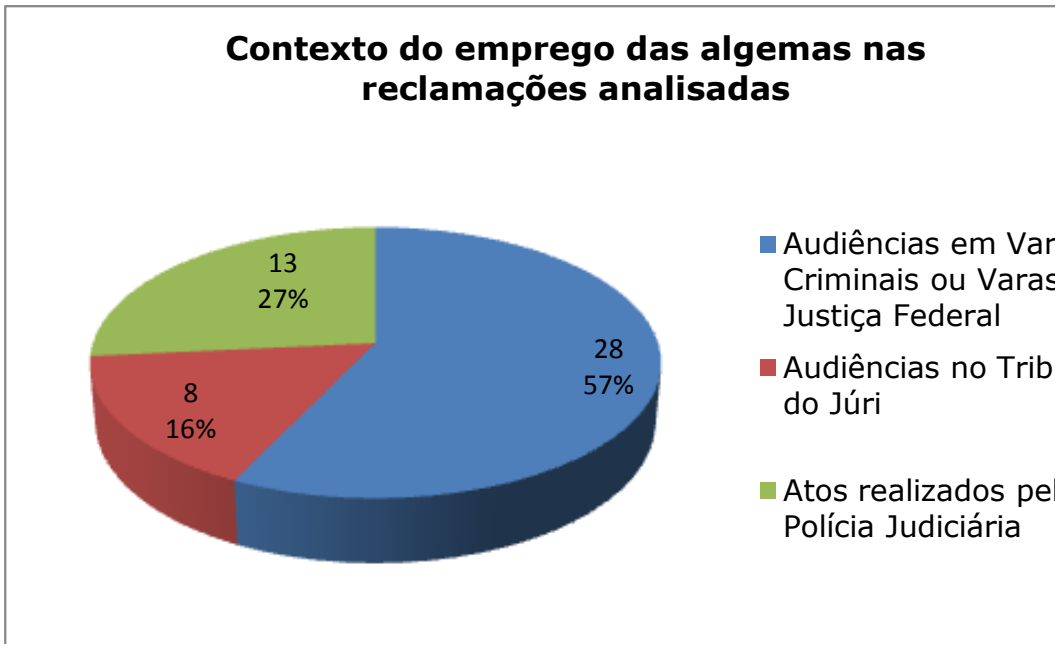

Gráfico 8

Já em relação aos procedimentos realizados pela Polícia, houve três reclamações referentes ao emprego de algemas no ato de prisão em flagrante (Rcl. 7926/MG, Rcl. 8032/SP, Rcl. 9276/PR), cinco reclamações

[114] STF: Rcl. 8333 AgR-ED/RS, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, j. 20/10/2010.

relacionadas com a utilização deste instrumento de contenção quando do cumprimento de mandados de prisão preventiva (Rcl. 7116, Rcl. 7570, Rcl. 7574, Rcl. 7814, Rcl. 8945), duas medidas ajuizadas por conta do uso de algemas no momento do cumprimento do mandado de prisão temporária (Rcl. 8409 e Rcl. 8914), outras duas nas quais não está clara a modalidade de prisão na qual o uso das algemas teria ocorrido (Rcl. 7961 e Rcl. 8333) e uma reclamação em razão do emprego de algemas dentro de Delegacia de Polícia (Rcl. 8693).

Em apenas oito das reclamações analisadas, o ato reclamado consistiu no emprego de algemas durante a realização de audiências no Tribunal do Júri, muito embora essa tenha sido a situação específica apreciada pelo STF no principal precedente da SV nº 11.

É bastante provável que esse número baixo tenha decorrido diretamente da nova redação do art. 474 do CPP - dada pela L. 11.689/08 – que se refere ao emprego da contenção no procedimento do Tribunal do Júri e que em seu § 3º passou a dispor que

> Art. 474 do CPP - Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Como já mencionamos anteriormente, o reconhecimento de ofensa à Súmula Vinculante nº 11, para além da conseqüência jurídica prevista em lei e consistente na cassação da decisão judicial impugnada ou anulação do ato administrativo reclamado, pode acarretar, por determinação expressa do referido enunciado, a responsabilização penal, civil e disciplinar do agente ou da autoridade que a descumprir. Dada a previsão dessa sanção, e muito provavelmente pelo fato de que as vinte e cinco primeiras reclamações apresentaram juízes de 1º grau como autoridades reclamadas, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), invocando sua representatividade na defesa dos interesses dos magistrados, requereu o

seu ingresso, na qualidade de interessada, em quatro das cinco primeiras reclamações ajuizadas em decorrência de descumprimento ou aplicação indevida do enunciado vinculante nº 11 - quais sejam as Rcl. 6540/DF, Rcl. 6564/DF, Rcl. 6565/DF e Rcl. 6742/DF. Dessas reclamações, três consistem em processos físicos, cujas peças não se encontram disponíveis no site do STF. Já a Rcl. 6565/DF teve suas peças disponibilizadas por meio eletrônico e, dentre elas, encontra-se a petição da AMB que será comentada a seguir.[115]

Baseada nos art. 15 da L. 8038/90,[116] art. 159, do RISTF,[117] e art. 50 do CPC,[118] a referida associação expressou seu particular interesse jurídico em intervir na defesa dos magistrados reclamados, por entender que o pronunciamento do STF naquelas medidas poderia apresentar um efeito multiplicador, ou seja, poderia formar um importante precedente para o julgamento das demais reclamações que viessem a ser ajuizadas contra membros da magistratura a fim de impugnar a validade de atos processuais realizados com a utilização de algemas.

> [A Rcl. 6565/DF] não se trata de uma reclamação isolada, mas sim de uma reclamação que pode ser considerada "piloto" ou pelo menos uma das "primeiras" que se anunciam dentre inúmeras ajuizadas ou a serem ajuizadas (dezenas, centenas, milhares).
> [...]
> Está em debate, pois, matéria do particular interesse da magistratura, uma vez que, a partir do entendimento que vier a ser sufragado por esse eg. STF nessas reclamações, deverão os magistrados se AJUSTAR novamente ao entendimento dessa eg. Corte – além do ajuste que já fizeram para observar a Súmula n. 11 – para que não sofram as conseqüências legais previstas na súmula.
> [...]

---

[115] A petição apresentada pela AMB se encontra disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2638269. P. 164-175 do Volume 1. Acesso em 24 de outubro de 2010.

[116] L.8038/90 - Art. 15 – Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

[117] RISTF - Art. 159 – Qualquer interessado poderá impugnar o pedido do reclamante.

[118] CPC – Art. 50 - Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.

> E do pronunciamento desse eg. STF em qualquer das reclamações poderá resultar o pronunciamento em outras reclamações, dando-se o que a jurisprudência já denominou – pelo menos no âmbito das suspensões de segurança – "*efeito multiplicador*". (grifo do autor) [119]

Em sua petição a AMB interpretou que o enunciado da SV nº 11 estabeleceu três hipóteses nas quais, excepcionalmente, por decisão fundamentada, as autoridades podem determinar o uso de algemas: 1) resistência; 2) fundado receio de fuga; ou 3) fundado receio de perigo à integridade física própria ou alheia, perigo este proporcionado pelo preso ou por terceiros.

Segundo a interpretação da associação, se, ao determinar o emprego de algemas, a autoridade policial ou judiciária proferir uma decisão fundamentada, na qual afirme ser uma situação excepcional, indicando uma das hipóteses mencionadas na Súmula Vinculante nº 11, tal decisão estará em conformidade com este verbete do STF. Nesse caso, o ato judicial ou da autoridade policial será insuscetível de impugnação por meio de reclamação, uma vez que preencherá os requisitos previstos no enunciado sumular, de sorte a afastar eventual ação de responsabilização civil, penal e administrativa contra os magistrados. A associação afirma ainda que

> Entendendo, porém, a defesa do preso, que a situação de fato não se subsumiria aos requisitos da Súmula --- que a situação de fato não seria excepcional nem estaria diante de uma das hipóteses mencionadas – estar-se-á diante de decisão impugnável por meio dos recursos ordinários próprios, porque será necessário proceder ao reexame do conteúdo da decisão reclamada.[120]

O posicionamento referente à impossibilidade de a reclamação constitucional se prestar ao reexame do conteúdo do ato reclamado foi defendido também pelo Min. Celso de Mello, que, na Rcl. 6724-MC/PR,[121]

---

[119] STF: Rcl. 6565/DF, petição da AMB, p. 169 do Volume 1.
[120] Idem.
[121] STF, Rcl. 6724-MC/PR, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 09.10.08.

assinalou em sua decisão que os atos questionados em sede de reclamação devem se ajustar, com exatidão e pertinência, aos julgamentos invocados como paradigmas de confronto pelo STF, a fim de permitir, através da análise comparativa, a verificação da conformidade, ou não, do ato impugnado com o parâmetro de controle da Corte.

O exame dos julgamentos das reclamações demonstrou que a grande questão relativa à SV nº 11 relaciona-se justamente com a interpretação que deve ser conferida à exigência de se justificar a excepcionalidade do emprego de algemas por escrito. Isso porque partindo da análise dos precedentes, em especial do HC 91.952-9/SP, temos que, segundo os ministros, o uso de algemas é considerado abusivo não só quando não justificado por escrito, mas também no caso de uma fundamentação escrita não satisfatória – como ocorreu no *habeas corpus* referido, no qual o emprego das algemas foi justificado pela magistrada com base na presença de apenas dois policiais fazendo a segurança da sala de audiência. Todavia, se analisarmos apenas o verbete, temos que, a fim de se observar a súmula sob o seu aspecto formal, as autoridades devem tão-somente fundamentar a decisão de utilização das algemas por escrito e reconhecer a excepcionalidade de seu emprego na persecução penal. Dessa perspectiva, bastaria o cumprimento de tal formalidade para que fosse demonstrada a obediência ao enunciado sumular, não cabendo o exame do conteúdo da motivação apresentada em sede de reclamação, conforme apontou a AMB em sua petição.

Mencionada a repercussão da edição da súmula sobre a magistratura, passaremos a analisar os demais dados obtidos em relação à apreciação das medidas ajuizadas a fim de assegurar a aplicação do conteúdo da SV nº 11.

Analisamos inicialmente as decisões referentes ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito realizados pelos ministros do STF e averiguamos que eles admitiram apenas 17 reclamações (34,7%), tendo negado seguimento às outras 32 medidas ajuizadas em razão de contrariedade ou aplicação indevida da SV nº 11 (65,3%), de acordo com o

§ 1º do art. 21 do RISTF.[122] Com isso, constatamos que em quase dois terços das reclamações a Corte decidiu, de pronto, não serem aplicáveis as sanções previstas na SV nº 11, quais sejam nulidade da prisão ou ato processual no qual tenham sido utilizadas algemas de maneira indevida e a responsabilização penal, administrativa e civil da autoridade reclamada.

Das dezessete reclamações conhecidas pelo STF, sete já foram julgadas improcedentes (Rcl. 9469/RJ, Rcl. 9419/RJ, Rcl. 8687/SC, Rcl. 8032/SP, Rcl. 7814/RJ, Rcl. 7165/SP e Rcl. 6493/SP) e outras duas acabaram tendo seu seguimento posteriormente negado, com base no art. 21 do RISTF, em julgamento realizado após o indeferimento dos pedidos de liminar (Rcl. 7562/RJ e Rcl. 8945/GO). Das demais reclamações admitidas, as oito tiveram seus pedidos de liminar indeferidos por seus relatores.

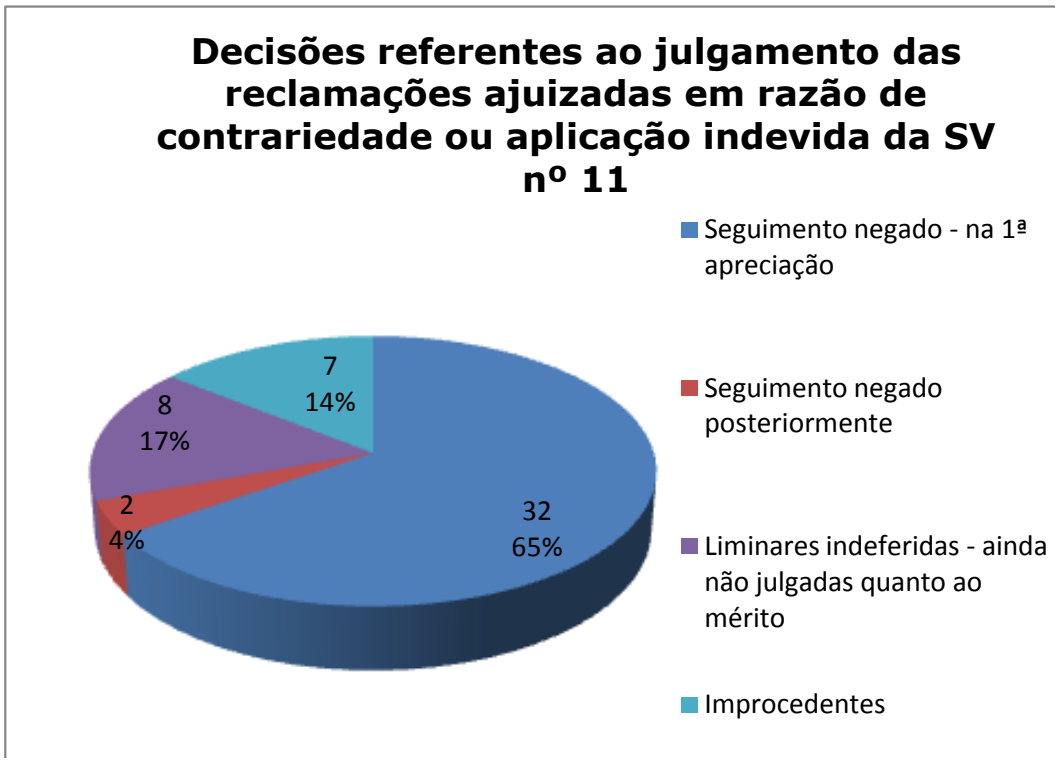

Gráfico 9

Em suma, após longos debates acerca da excepcionalidade do uso

[122] RISTF – Art. 21, **§ 1º.** Poderá o Relator arquivar ou **negar seguimento a pedido ou recurso** manifestamente intempestivo, incabível ou **improcedente** e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência. (grifos nossos).

das algemas e, principalmente, em relação à necessidade de o STF se manifestar sobre o assunto a fim de resolver o "problema" relativo à inexistência de lei sobre a matéria, constatamos que, das 49 reclamações examinadas, em nenhuma delas a eficácia das conseqüências previstas para o uso indevido de algemas no enunciado da SV nº 11 foi assegurada pelos ministros do STF. Em outras palavras, na maioria dos casos analisados, a Corte se posicionou no sentido da não aplicação do entendimento por ela expresso nos debates ocorridos no julgamento do HC 91.952-9/SP, que deu ensejo à edição da súmula aqui analisada, optando claramente por dar eficácia tão-somente à previsão da formalidade de se justificar a excepcionalidade do uso da contenção por escrito, o que conforme já apontado não corresponde exatamente ao conteúdo das decisões dos julgamentos dos precedentes, uma vez que naquele *habeas corpus* ficou clara a conclusão dos ministros de que a simples justificativa por escrito não faria com que o emprego das algemas fosse legítimo, uma vez que a argumentação, naquele caso específico, lhes pareceu insatisfatória.

A avaliação acima se baseia na constatação de que no julgamento de 36 das referidas reclamações consolidou-se o entendimento de que nos casos nos quais a utilização de algemas decorre de fundamentação escrita por parte da autoridade reclamada, a Corte não deve acolher a alegação de afronta à SV nº 11.

Na Rcl. 6540/DF,[123] o Min. Eros Grau destacou ainda que o emprego de algemas não deve ser interpretado como uma escolha do réu, mas sim como resultado de um juízo de conveniência feito pela autoridade responsável, seja ela policial ou judicial. Em caso de dúvida, segundo o Ministro, esta deve ser resolvida não em prol dos réus, mas em prol da segurança daqueles presentes na audiência, em clara consonância com a manifestação do PGR nos debates para a SV nº 11 analisados anteriormente neste trabalho.

Ademais, devemos ressaltar que em alguns casos, mesmo não havendo justificativa escrita sobre a utilização de algemas, os ministros

[123] STF: Rcl. 6540/DF, Relator Min. Eros Grau, j. 14/04/2009.

interpretaram que as circunstâncias em que ocorreram os atos reclamados justificariam por si o emprego da contenção. É o que se constata no seguinte trecho da decisão monocrática referente à Rcl. 8032 MC/SP:

> Essas circunstâncias [prisão em flagrante delito em decorrência da prática de roubo a mão armada] evidenciam a periculosidade dos agentes e o fundado receio de fuga que, à primeira vista, se coadunam com o enunciado da Súmula Vinculante nº 11 desta Suprema Corte [...] [124]

E também no julgamento da Rcl. 7562/RJ:

> Há dúvida quanto ao uso ou não de algemas no reclamante, quando do seu julgamento pelo 3º Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro.
>
> Primeiro, porque não há qualquer notícia a esse respeito na ata de julgamento de fls. 6-9. Nem mesmo consta pedido da defesa para que fossem retiradas as algemas que o reclamante alega terem sido colocadas em si.
>
> Segundo, porque o reclamado, nas informações de fls. 26-27, afirmou que, tendo em vista o grande número de "julgamentos realizados desde 17.12.2008", não se recorda se o reclamante "permaneceu ou não algemado".
>
> Para dirimir tal controvérsia, seria necessária a produção de provas, o que, como se sabe, não encontra espaço na via estreita da reclamação.
>
> Ademais, **a análise do caso concreto aponta para a necessidade, ao menos em tese, do uso de algemas**. Com efeito, como bem observou a Procuradoria-Geral da República, constam dos autos "documentos capazes de evidenciar a periculosidade do reclamante", o qual, além de ter sido condenado por homicídio qualificado a 13 anos de prisão, também está sendo acusado pela prática dos crimes de extorsão (CP, 158, § 1º, seis vezes) e quadrilha (CP, art. 288). (grifos nossos).[125]

Na apreciação do pedido de liminar formulado na Rcl.7116/PE, o Min.

---

[124] STF: Rcl.8032 MC/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 23/04/2009.
[125] STF: Rcl. 7562/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25/08/2010.

Marco Aurélio, a quem foi distribuída a referida medida, reconheceu o fato de o reclamante haver juntado aos autos fotos e recortes de jornal relacionados ao momento de sua prisão quando teria sido "apresentado à imprensa como se fosse um troféu",[126] porém indeferiu a medida acauteladora, por compreender que os pedidos requeriam o crivo do Colegiado.

Já nos casos de réus mantidos algemados durante audiências de instrução e julgamento perante juízes togados, em várias decisões, os ministros fundamentaram a inaplicação da súmula pelo fato de as algemas não acarretarem prejuízo fático para a defesa, uma vez que o Juízo singular deve sempre apreciar o caso de modo imparcial e objetivo, não se presumindo a culpabilidade do reclamante.[127] Tal interpretação contraria nitidamente o posicionamento expresso pelos membros da Corte nos debates para a aprovação da SV nº 11, nos quais afirmaram categoricamente que a excepcionalidade do emprego de algemas deveria repercutir nos demais procedimentos da persecução penal, por envolver princípios e garantias constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o direito à honra e à imagem, bem como a vedação da tortura e a garantia de que ninguém será submetido a tratamento degradante.

Em 23 das reclamações analisadas, os ministros do STF também decidiram claramente não ser possível admitir-se, em sede de reclamação, qualquer dúvida a respeito das questões de fato apontadas pelos agentes ou autoridades reclamadas para justificar a utilização de algemas, uma vez que reconheceram que a produção de provas não encontra espaço na via estreita desta medida processual. Em outras palavras, afirmaram que a revisão da fundamentação das decisões dos órgãos reclamados seria possível em sede de recurso ordinário próprio e não de reclamação, concluindo que

> [...] havendo justificativa por escrito para o uso de algemas, não há espaço para o manejo de reclamação, que não se

[126] STF: Rcl. 7116/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/03/2009.
[127] STF: Rcl. 9877/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 11/06/2010.

> presta para discutir as razões de fato invocadas pelo reclamado.[128]

Quatro reclamações (Rcl. 6928/PR, Rcl. 7046/SP, Rcl. 7574/SP e Rcl. 7675/MT) tiveram o seu seguimento negado pelo fato de que na data da ocorrência dos atos reclamados a SV nº 11 ainda não havia sido publicada. Baseados no art. 103-A da CF/88, que dispõe que a súmula aprovada pelo STF somente terá efeito vinculante a partir de sua publicação na imprensa oficial, os ministros manifestaram-se no sentido de que as reclamações não mereciam acolhida em razão da inexistência do requisito necessário ao interesse de agir.

A Rcl. 7961/MG teve seu seguimento negado pelo fato de haver sido ajuizada pelo próprio reclamante, o qual não possuía capacidade de postular em juízo. Já a Rcl. 8945/GO não foi conhecida por conta de a autoridade reclamada, qual seja o TJ/GO, não ser parte legítima, uma vez que o ato reclamado teria sido praticado por policiais quando do cumprimento do mandado de prisão preventiva decretado pelo Juízo de 1º grau e pelo fato de o reclamante já haver sido colocado liberdade no momento do julgamento da medida.

Cabe ainda mencionar que a análise dos dados referentes às reclamações aqui examinadas revela que os casos de suposta desobediência ao enunciado da SV nº 11 levados ao STF ocorreram principalmente nos primeiros doze meses após sua publicação em agosto de 2008, uma vez que das 49 reclamações já apreciadas pelo STF, 35 foram ajuizadas entre agosto de 2008 e julho de 2009. A visível redução de reclamações ajuizadas após esse período parece decorrer da constatação do baixo grau de probabilidade de se ter tais medidas conhecidas e julgadas procedentes pelo STF em razão do uso indevido de algemas.

[128] STF: Rcl. 6742/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/08/2010.

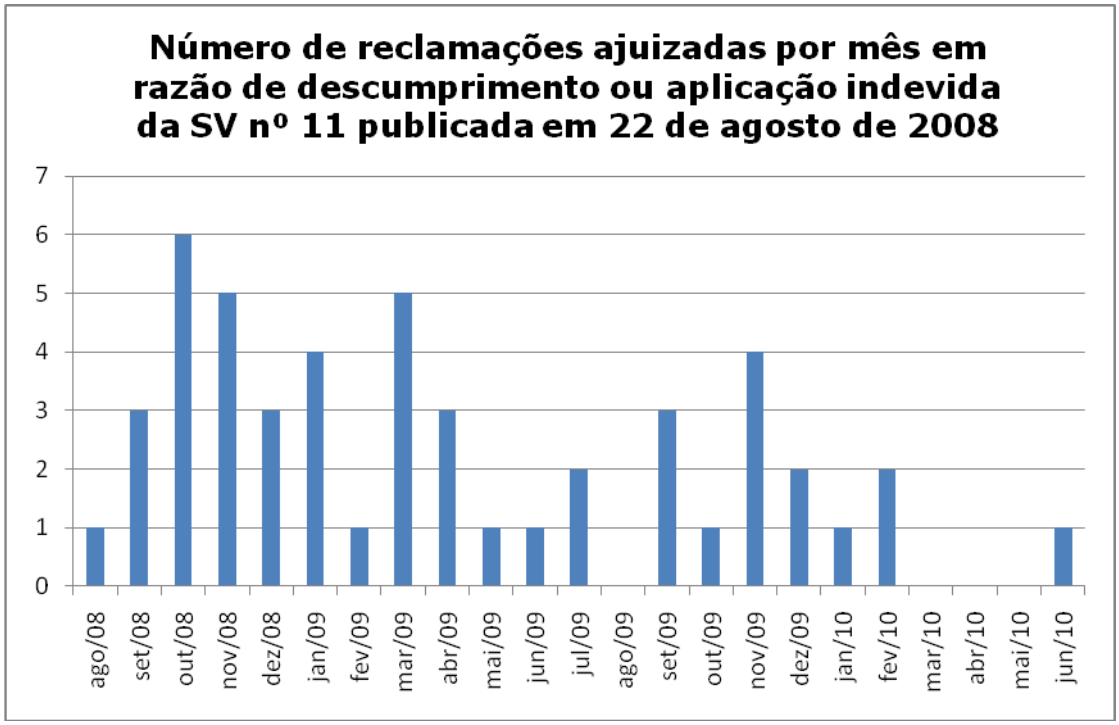

Gráfico 10

Em suma, notamos que na apreciação dessas reclamações os ministros do STF acabaram decidindo de maneira bastante semelhante, sempre negando seguimento, indeferindo liminares ou julgando tais reclamações improcedentes, conforme ilustra o gráfico 11. Destacam-se os Ministros Carlos Britto, Celso de Mello, Ellen Gracie e Eros Grau, os quais, com base no § 1º do art. 21 do RISTF negaram seguimento à totalidade de reclamações a eles distribuídas.

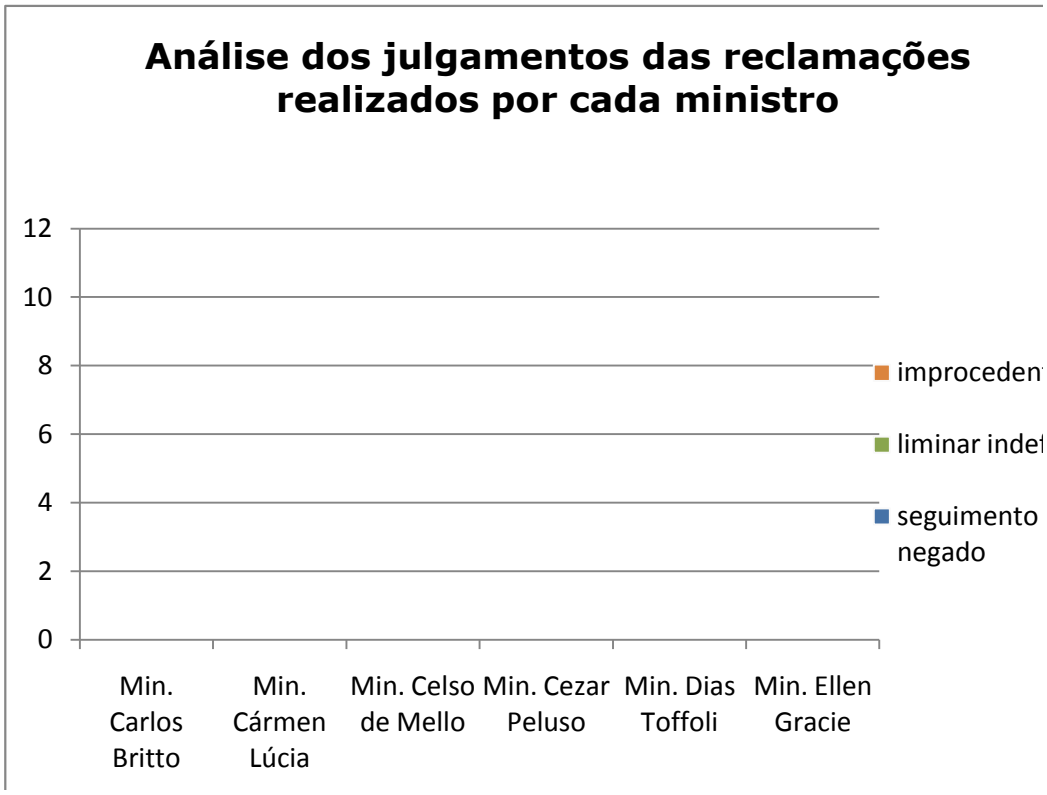

Gráfico 11

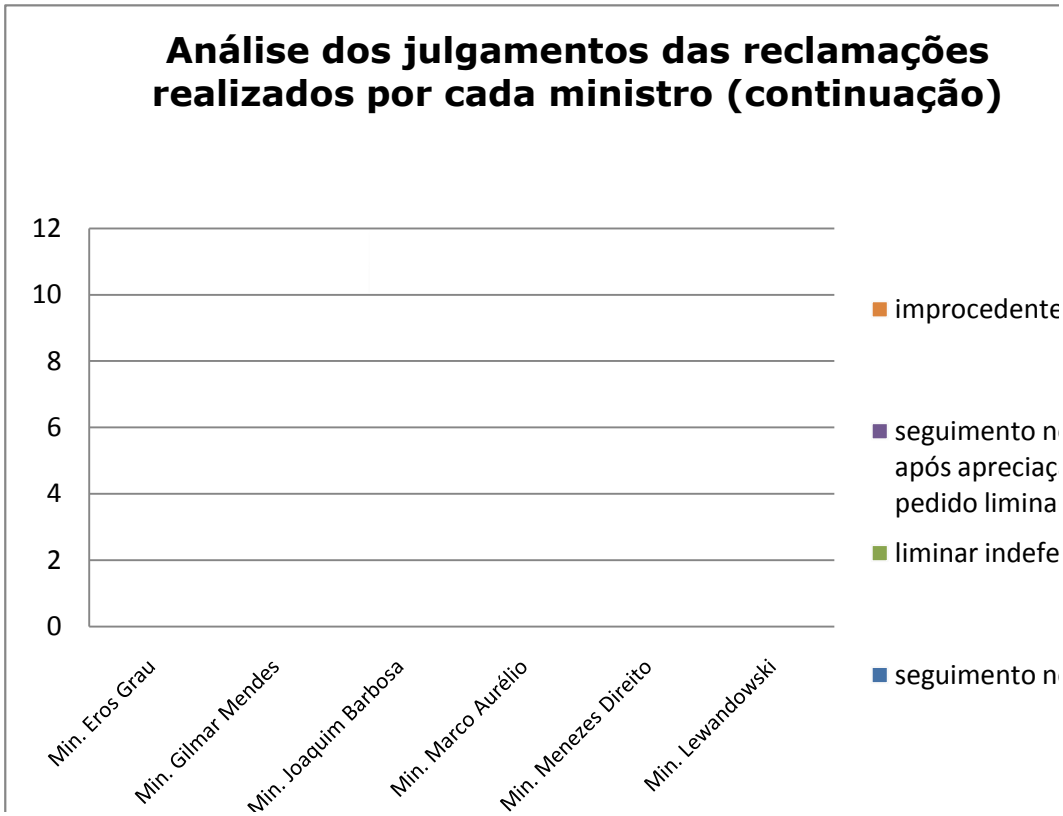

Gráfico 12

7. Conclusões

O objetivo desta pesquisa consistiu em analisar as duas primeiras súmulas vinculantes em matéria penal editadas de ofício pelo STF, quais sejam as SV nº 9 e SV nº 11, e a sua repercussão na realidade forense brasileira através do exame das reclamações ajuizadas em decorrência de seu descumprimento ou aplicação indevida.

Após o exame dos precedentes de cada uma das súmulas, dos debates para sua aprovação e das reclamações a elas relacionadas, concluímos que o Enunciado Vinculante nº 9 foi de fato editado como resposta a uma nítida controvérsia judicial existente acerca da interpretação e da própria constitucionalidade do art. 127 da LEP – controvérsia essa que pudemos constatar pela utilização de várias vias recursais para se discutir e rediscutir a questão no âmbito do STF no período anterior à publicação da súmula.

Baseada na existência de vários precedentes – dentre os quais o RE nº 452.994, o HC nº 91.084, AI nº 570.188, o HC nº 92.791, o HC nº 90.107, o AI nº 580.259 e o AI nº 490.228 – nos quais a matéria de fato e de direito eram muito semelhantes, à primeira vista, a Súmula Vinculante nº 9 não parece ter acarretado ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que teria simplesmente assegurado a validade e a eficácia de uma norma jurídica já existente, qual seja o art. 127 da LEP. Todavia, a análise das reclamações revelou que, na realidade, a edição do verbete restringiu significativamente a possibilidade de interpretação do dispositivo da Lei de Execução Penal pelos magistrados, que não mais podem afastar sua incidência através do controle difuso de constitucionalidade, nem podem aplicar o limite temporal previsto no art. 58 da LEP para a declaração da perda dos dias remidos pelo trabalho em razão do cometimento de falta grave.

Dada a constatação de que a edição da súmula vinculante sobre a constitucionalidade da perda dos dias remidos em razão do cometimento de

falta grave pelos condenados resultou em uma restrição à atividade jurisdicional maior do que aquela resultante da edição do próprio artigo 127 da LEP, concluímos ser mais adequada a interpretação realizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e pelo Tribunal de Justiça paulista em relação à necessidade de aplicação do princípio da irretroatividade da norma penal mais severa ao referido enunciado, de modo a restringir a obrigatoriedade da incidência da interpretação sumulada apenas aos fatos ocorridos após a sua publicação.

Em síntese, constatamos que a alegação de que o verbete teria se limitado a apenas interpretar a Lei de Execuções Penais acaba encobrindo uma norma retroativa consistente na aplicação compulsória da perda dos dias remidos até mesmo aos casos de cometimento de faltas graves pelos apenados ocorridos anteriormente à publicação da súmula na imprensa oficial, uma vez que acarretou a adaptação obrigatória de toda a jurisprudência nacional ao entendimento consolidado pelo STF no referido enunciado. Daí a necessidade de se tratar esta súmula como uma lei nova, submetendo-a ao princípio da irretroatividade das leis penais mais rigorosas.

É interessante notar que das duas primeiras súmulas vinculantes em matéria penal editadas de ofício pelo STF, a SV nº 9 nitidamente desfavorece os sentenciados, ao passo em que a SV nº 11 pode ser claramente caracterizada como mais favorável ao réu. Curiosamente, as reclamações relativas a cada um desses enunciados vinculantes receberam respostas bastante distintas da Corte Suprema brasileira, de modo que, dentro de nosso sabidamente limitado universo de análise, o enunciado cuja eficácia tem sido garantida pela Corte é justamente aquele que piora a situação para aqueles submetidos à persecução penal.

Enquanto as reclamações referentes à SV nº 9 foram quase todas admitidas pelo STF - sendo que das 24 reclamações cujos pedidos de liminar já haviam sido julgados, em 20 constatamos ter ocorrido o deferimento da medida acauteladora requerida pelo Ministério Público - e todas aquelas já julgadas quanto ao mérito foram consideradas

procedentes, em nenhuma das reclamações relacionadas à SV nº 11 as conseqüências jurídicas previstas no enunciado para os casos de emprego indevido de algemas foram asseguradas pelo STF.

No tocante às conseqüências incluídas na SV nº 11, cabe ressaltar a ofensa ao princípio da legalidade, pois o referido verbete dispõe sobre a possibilidade de sanções específicas para o descumprimento de seu enunciado. Conforme já analisamos na primeira parte desse trabalho, de acordo com o princípio da legalidade presente em nossa Constituição Federal, somente a lei pode criar crimes e suas respectivas sanções, isto é, em sistemas jurídicos como o brasileiro, somente via processo legislativo, pode o Estado criar novas figuras delitivas baseadas em condutas com capacidade de violação de bens jurídicos, sendo que as normas jurídicas editadas devem ser certas, claras e precisas, ou seja, com conteúdo inequívoco, a fim de que ofereçam uma descrição do fato punível que possibilite facilmente o reconhecimento da correspondência de condutas concretamente realizadas ao tipo incriminador, de maneira a reduzir a discricionariedade dos magistrados no momento de sua aplicação.

Também é questionável o fato de o enunciado abrir um novo canal de nulidades no processo penal, sem observar o princípio do prejuízo expresso no artigo 563 do CPP, segundo o qual nenhum ato será decretado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Contudo, a própria Corte, com o aparente intuito de adequar a previsão de nulidade por ela criada, tem invocado tal princípio no momento da apreciação das reclamações, conforme constatamos nos casos de emprego de algemas em audiências de instrução e julgamento perante juízes singulares.

Em nossa pesquisa, constatamos que, em relação à SV nº 11, é justamente a vagueza do enunciado elaborado pela Corte que tem se destacado, uma vez que a amplitude de interpretação que dele decorre e a falta de correspondência com a motivação dos precedentes permitem que juízes e demais agentes estatais se afastem das disposições contidas nos julgamentos anteriores do STF, sem que se possa comprovar ofensa àquele

enunciado vinculante.

Ao atuar com a finalidade de suprir o vácuo legislativo e de se pronunciar em relação a uma situação de abusos cometidos pela Polícia Federal durante a persecução penal, o STF não só acabou elaborando um enunciado demasiadamente vago, o qual, conforme já mencionado, não consubstanciou a motivação dos precedentes e cuja eficácia depende em larga medida da análise de circunstâncias de fato - o que não tem lugar em sede de reclamação-, como também usurpou a função do Poder Legislativo de impor condições sobre o uso de algemas.

Verificamos, ainda, que, nos julgamentos das reclamações por contrariedade à SV nº 11, os ministros decidiram ora com base no enunciado, limitando-se a constatar se houve justificativa escrita, independentemente do seu conteúdo, ora com base nos precedentes, afastando a incidência da súmula nos casos de audiências perante juízes singulares, conforme mencionado anteriormente, de maneira que não fica claro aos jurisdicionados se o que, de fato, vincula na súmula é a motivação de seus precedentes ou tão-somente o disposto em seu enunciado.

Ademais, concluímos que o STF não preencheu os requisitos constitucionais formais para a edição do referido verbete vinculante, quais sejam basear-se em reiteradas decisões sobre questão idêntica e a constatação da existência de controvérsia jurídica a respeito do tema, uma vez que os poucos precedentes do enunciado são bastante diversos, apresentando matérias e motivações distintas, o que resulta na inconstitucionalidade formal da súmula. Soma-se a isso, o fato, já citado em nosso trabalho, de a Corte não ter se baseado em uma norma jurídica específica, uma vez que visou justamente suprir a lacuna legislativa identificada pelos ministros.

O exame das apreciações das reclamações demonstrou claramente a dificuldade que o Tribunal tem enfrentado para julgar casos concretos a partir de uma súmula que não se ajusta exatamente às interpretações elaboradas em seus precedentes. Tal problema revela que quanto mais amplo e genérico for o enunciado do verbete vinculante, mais fraco será o

seu vínculo com a motivação dos julgamentos em que se baseou e que deveriam condicionar a sua interpretação adequada.

Em suma, por não esclarecer exatamente as circunstâncias de excepcionalidade do uso de algemas, já que aponta apenas hipóteses genéricas sobre a utilização desse instrumento de contenção, o enunciado construído, segundo os dados aqui analisados, não tem apresentado muita eficácia, tendo, com isso, acrescentado muito pouco a nosso ordenamento.

A grande inovação introduzida em nosso sistema jurídico, cuja eficácia tem sido aparentemente garantida nas diferentes fases da persecução penal, diz respeito à exigência de os agentes estatais cumprirem a formalidade de justificar o uso de algemas por escrito.

Com base no acima exposto, concluímos que se a função das súmulas vinculantes é essencialmente dirimir dúvidas, aclarar a interpretação de questão de direito da maneira mais precisa possível a fim de uniformizar a jurisprudência, podemos dizer que a SV nº 11 não tem cumprido o seu papel, uma vez que seu enunciado demasiadamente amplo não apresenta densidade suficiente para regular a matéria, tendo apenas veiculado as preferências do STF sobre o modo como a questão deveria ser regulada.

Reconhecemos a relevância das súmulas vinculantes no âmbito jurídico e o seu enorme potencial para uniformizar a jurisprudência e, assim, garantir mais segurança jurídica, maior previsibilidade das decisões judiciais e mais igualdade no tratamento dos jurisdicionados que estejam em situações semelhantes. Todavia, percebemos que sua aplicação em matéria penal, nos casos ora analisados, não tem sido adequada, de modo que se faz necessário que o STF se atenha aos requisitos constitucionais para a elaboração dos verbetes com força vinculante e às interpretações desenvolvidas nos precedentes quando da edição das referidas súmulas, que, nesse ramo do direito, para além de terem que apresentar um enunciado claro e preciso, deverão necessariamente respeitar os princípios da legalidade e da irretroatividade da norma penal mais severa.

BIBLIOGRAFIA

DINAMARCO, Cândido Rangel. "Decisões vinculantes". Revista de Processo. São Paulo. V. 25. N.100. out/dez, 2000. P. 166-185.

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

GOMES, Luiz Flávio. "Súmulas vinculantes em matéria criminal". Disponível em:http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/ 17805/17369, acesso em 10 de agosto de 2010.

GOMES, Mariangêla Gama de Magalhães. *Direito Penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vincula*ntes. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada, GOMES FILHO, Antonio & FERNANDES, Antonio. *Recursos no processo penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. v. I. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.11 e 12.

JUNQUEIRA, Maria Olívia. *A construção da súmula vinculante pelo STF – Observação dos dezesseis primeiros enunciados de súmula vinculante editados*. São Paulo, 2009. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/149_Monografia%20Maria%20Olivia.pdf. Acesso em: 05 de julho de 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

TEBET, Diogo. *Súmula Vinculante em matéria criminal*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.