



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

MATHEUS ARAÚJO ROCCA

**DA (IN)APLICABILIDADE DE SÚMULAS VINCULANTES EM
MATÉRIA CRIMINAL: (in)viabilidade de aplicação prática da
Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal**

BRASÍLIA

2013

MATHEUS ARAÚJO ROCCA

**DA (IN)APLICABILIDADE DE SÚMULAS VINCULANTES EM
MATÉRIA CRIMINAL: (in) viabilidade de aplicação prática
da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília - UniCeub.

Orientador: Professor Lásaro Moreira da
Silva.

BRASÍLIA

2013

DEDICATÓRIA

A Deus, antes de todos, pois é à luz de seus ensinamentos que tentarei moldar minhas ações, tanto na vida acadêmica, como na pessoal e profissional. Ao meu pai, meu parâmetro e meu melhor amigo, por tudo que fez e por tudo que representa. A minha mãe, razão do meu orgulho e fonte do meu amor, pela preocupação com relação a este trabalho. Aos amigos e as pessoas especiais que conviveram comigo durante o curso de direito, sempre contribuindo de forma única para o meu crescimento.

RESUMO

O presente estudo e trabalho monográfico tem como objeto a Súmula vinculante número 11 do Supremo Tribunal Federal, que discorre sobre as circunstâncias em que poderão ser utilizadas as algemas, bem como a implicação legal quando essa for desobedecida. A análise se dará pelo conflito de direitos fundamentais individuais em face dos coletivos, bem como os vícios jurídicos processuais penais que o mau uso das algemas irá acarretar a partir da edição da referida súmula, objetivando encontrar o ideal liame entre as diferentes posições doutrinárias. A problematização estaria na dificuldade de sopesar direitos que a princípio não teriam diferença de grau hierárquico, sendo eles princípios constitucionais e, de forma geral, conceitos da Filosofia do Direito, como segurança jurídica e justiça. Ainda sim, existem os vícios jurídicos que poderão ser causados pela anulação do ato processual penal ou do ato prisional que, sendo anulados, irão abalar o sistema de justiça criminal, sujeitando-o ao subjetivismo das decisões imprecisas e distantes da realidade concreta que poderão livrar do cárcere quem de fato merecia ser punido.

Palavras-chaves: Constitucional. Processo Penal. Súmula Vinculante. Direitos fundamentais. Segurança Jurídica. Justiça. Responsabilização Estatal e do Agente Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ANÁLISE INICIAL E REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A ELABORAÇÃO DE UMA SÚMULA VINCULANTE.....	10
1.1 Abordagem sobre o caráter geral da norma	14
1.2 Abordagem sobre a segurança jurídica	16
1.3 Da constitucionalidade das súmulas vinculantes	18
1.3.1 Da violação ao devido processo legal.....	20
1.3.2 Da violação à separação dos poderes	23
1.4 Da inconstitucionalidade da Lei nº 11.417/2006	26
2 ADVENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EMBASADORES.....	29
2.1 O princípio da presunção da inocência	30
2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana.....	32
2.3 O caso concreto que motivou a criação da Súmula Vinculante nº 11 do STF	35
3 (IN)APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL...	40
3.1 Do positivismo ao pós-positivismo e neoconstitucionalismo.....	40
3.1.1 Politização do Judiciário	44
3.2 Da Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal	46
3.2.1 Das consequências e da inaplicabilidade material da Súmula Vinculante nº 11 do STF .	49
3.2.2 Da anulação do ato processual e/ou do auto de prisão em flagrante (APF)	52
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico originou-se inicialmente da necessidade de analisar criticamente o verbete da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal (STF), o qual consiste em um potencial abuso tanto processual como, inclusive, constitucional, resultando em uma provável e grave problemática acerca do uso e aplicação desse entendimento hermenêutico com força vinculante.

A Súmula Vinculante nº 11 do Pretório Excelso trata sobre a imposição de uma limitação ao uso de algemas, tanto nas ações policiais como durante o cárcere e julgamento, estabelecendo uma série de requisitos que fundamentariam o uso de algemas, bem como estabelece que são passíveis de reforma todos os atos ou decisões judiciais que não a contemplarem e aplicarem, além da respectiva responsabilização.

Contudo, preliminarmente, resta necessário estender o estudo sobre o conteúdo objeto de pesquisa deste trabalho, pois a implementação do caráter vinculante de toda e qualquer “súmula” que trate sobre matérias penais ou processuais penais se mostra ofensiva quanto aos procedimentos inerentes a esses dois institutos do direito que acabam por cercear um dos direitos fundamentais do homem: a liberdade.

Dessa forma, com a edição e promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, regulamentada dois anos após pelo Congresso Nacional por meio da Lei nº 11.417/06, observa-se o efeito coercitivo que é gerado perante todos os demais órgãos da Administração Pública e do Judiciário, devido ao ímpeto legiferante desarrazoado do Supremo Tribunal Federal.

No primeiro capítulo, então, será feita uma abordagem inicial com relação ao advento das súmulas vinculantes, apontando-se o que motivou o Poder

Público a instituir esse novo tipo de aplicação jurisprudencial pacificada com força vinculante, bem como os requisitos necessários para a edição, revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante.

Ademais e continuamente, irá se proceder a uma discussão teórica acerca dos fundamentos que ensejaram o nascimento das súmulas vinculantes de modo geral, socorrendo-se sempre da Filosofia do Direito para explicitar pontos como equidade, justiça, fim, segurança jurídica e o caráter geral da norma.

Em que pese não tenha sido realizado um aprofundamento com relação aos estudos e posicionamentos filosóficos, mostrou-se necessária uma análise concisa e própria de um acadêmico de direito sobre as percepções mais relevantes quanto aos pontos supracitados, de modo que se deve entender que não há decisão uniforme com relação a conceitos tão abstratos como equidade e justiça, pois, como afirma Kelsen, tais conceitos pertencem ao “domínio da moral”.¹

Assim, para justificar o nascimento das súmulas vinculantes, além da necessidade de se estabelecer a segurança jurídica, padronizando-se decisões que são idênticas quanto à matéria de fato e de direito, tem-se os fatores oriundos da crise do Poder Judiciário.

A propalada crise põe em evidência a carência do Poder Judiciário em termos de estrutura e, devido à facilidade do acesso à informação e uma melhor noção de cidadania por parte da população, é abarrotado pela demanda processual, principalmente nas instâncias superiores, o que implica na morosidade do próprio sistema.

Ainda dentro do primeiro capítulo serão analisados os aspectos constitucionais que são potencialmente ofendidos pelo advento do instituto das súmulas vinculantes, principalmente em matéria criminal, onde se discorre sobre a ofensa a princípios fundamentais e basilares da Magna Carta, como o princípio do devido processo legal e da separação dos poderes.

¹ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. trad. por João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 3/4.

Nesse sentido, existem muitos outros direitos do cidadão que podem vir a ser mitigados com a aplicação da hermenêutica positivada do Pretório Excelso, dentre eles o do acesso à jurisdição, direito ao duplo grau de jurisdição e a independência da magistratura de aplicar um entendimento conforme seu próprio convencimento.

No segundo capítulo, partindo do geral para o particular, temos o afunilamento da pesquisa para o advento da Súmula Vinculante nº 11 do STF de forma específica, entendendo-se o contexto social no qual ela surgiu, bem como o caso prático que evidenciou uma problemática que motivou o Supremo Tribunal Federal a aprovar e publicar, dando, assim, “força de lei” à citada súmula.

Ainda no decorrer desse capítulo, discorre-se de forma específica sobre os vários fundamentos pelos quais o Pretório Excelso julgou necessária a edição da referida súmula, além dos inerentes a todas as súmulas de maneira geral, evidenciando-se a necessidade constitucional, segunda parte da norma da *lex maior*, de se assegurar certos princípios fundamentais do indivíduo particular.

Assim, adentramos no terceiro e derradeiro capítulo deste trabalho monográfico, que abarca os aspectos referentes às súmulas vinculantes em matéria criminal de forma geral até estreitar para o advento da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

No último capítulo, evidenciam-se as problemáticas que surgem com a aplicação da referida súmula de forma específica, ressaltando-se o conflito existente entre algumas normas constitucionais face a outras normas constitucionais, e de princípios constitucionais individuais face aos coletivos.

Também deverá ser analisado o ímpeto legiferante a partir do prisma do pós-positivismo e do ativismo judicial, devendo-se observar o posicionamento doutrinário contrário à Súmula Vinculante nº 11, bem como serão analisadas as consequências resultantes dessa, que abarcam, dentre outras, a responsabilização estatal e do agente público e a nulidade do ato processual ou do ato prisional.

Por fim, far-se-á uma análise conclusiva com relação à (in) aplicabilidade da súmula vinculante de matéria criminal específica que é a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

1 ANÁLISE INICIAL E REQUISITOS ESSENCIAIS PARA A ELABORAÇÃO DE UMA SÚMULA VINCULANTE

Nesse capítulo será abordado o advento do instituto das súmulas de efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal em meio à chamada crise do Poder Judiciário e, após rápida análise sob a perspectiva da Filosofia do Direito, irá se discutir o caráter geral da norma, como os conceitos de equidade e justiça, bem como a própria segurança jurídica, em contraposição aos princípios do devido processo legal e da separação dos poderes e, finalmente, da constitucionalidade da Lei nº 11.417 de 2006.

Podemos afirmar que a análise filosófica do cenário jurídico sempre foi uma importante ferramenta capaz de permitir a interpretação de uma realidade que se encontra em mutação, realidade essa sujeita a reformas estruturais, implementação de novos institutos jurídicos e novas perspectivas acerca da ciência jurídica que atenda às atuais necessidades sociais.²

É cediço que as mudanças alteradoras das ciências penais devem acompanhar a evolução social e o estudo da Criminologia crítica, sempre visando buscar a máxima eficiência penal em seu caráter tanto retributivo como ressocializador, almejando a proteção dos direitos individuais, sem preterir os direitos coletivos.

Como nos ensina Bettiol, a compreensão filosófica torna-se um momento essencial quanto à perspectiva do processo evolutivo da aplicação prática das ciências penais, seja na hermenêutica normativa ou na reforma de institutos, sempre reconhecendo que “a filosofia, como procura do universal e interpretação da realidade e da vida, tem assim uma importância decisiva no processo penal, no

² TEBET, Diogo. **Súmula Vinculante em Matéria Criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 23.

conhecimento da sua gênese, no espírito das suas estruturas e nas finalidades que visa prosseguir”.³

Assim, como outros inúmeros institutos que surgiram ao longo do tempo e da evolução, tanto do próprio Direito em si como da sociedade de modo geral, temos o advento das “súmulas vinculantes” em nosso ordenamento pátrio, resultado da “Reforma do Poder Judiciário”.⁴

A “súmula vinculante”, um dos instrumentos com maior potencial de violência ao ordenamento jurídico nacional e à divisão tripartite dos Poderes, principalmente em questões criminais, surge, então, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de Dezembro de 2004 – que recentemente foi regulamentada pela Lei nº 11.417/2006 – a qual estabelece no art. 103-A da Constituição Federal (CF):

“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 em lei.

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

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

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará

³ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de direito e processo penal**. trad. por Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 199.

⁴ TEBET, Diogo. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 23.

que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”⁵

Assim, pela inteligência do texto da Magna Carta, temos alguns requisitos necessários para que se possa aprovar e publicar uma “súmula vinculante”, sendo que apenas o Pretório Excelso seria o Órgão competente para editar essas súmulas, observando-se o quórum necessário de 2/3 dos integrantes do referido Tribunal.

O primeiro requisito seria quanto à matéria objeto do teor da súmula, que deverá abranger questões de norma constitucional ou de normas constitucionais face às infraconstitucionais, sendo que essas matérias também deverão tratar sobre questões processuais de massa, como ensina o I. Gilmar Mendes.⁶

Ainda seguindo a ordem de requisitos necessários para a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de uma “súmula vinculante”, tem-se o rol de agentes capazes e legítimos de provocar tais mudanças perante o Supremo Tribunal Federal, rol esse previsto no art. 3º da Lei nº 11.417/2006:

“Art. 3º: São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – o Procurador-Geral da República; V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VI - o Defensor Público-Geral da União; VII – partido político com representação no Congresso Nacional; VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.”⁷

⁵ BRASIL, Lei nº 11.417, 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 maio 2013.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 966.

⁷ BRASIL, Lei nº 11.417, 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário

Outro requisito para que haja a aprovação de uma “súmula vinculante” é a observância do princípio da segurança jurídica, principal motivo para a existência de uma súmula de efeito vinculante para todos os outros órgãos judiciais e administrativos, visando assim estabelecer um padrão de decisões que versem sobre matérias de fato e de direito idênticas, o que vem disposto no § 3º do art. 103-A da CF.

Ainda nesse sentido, ensina Gilmar Mendes que a súmula de efeito vinculante deverá refletir uma jurisprudência do STF, devendo apenas ser adotada e aprovada como súmula quando a matéria tiver sido objeto de reiteradas decisões sobre o assunto.⁸

Assim, finalizando os requisitos necessários para se aprovar uma súmula que tem efeito vinculante, deve-se observar o disposto no art. 2º, § 4º da Lei nº 11.417/2006, onde se estabelece que o Supremo Tribunal Federal deverá, no prazo de 10 dias, publicar em seção especial do Diário de Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado que trate de edição, revisão ou cancelamento de súmula vinculante.⁹

A interpretação que se dá a essa necessidade de publicação em Diário de Justiça e Diário Oficial da União, à luz dos ensinamentos de Gilmar Mendes, é que é a partir da publicação que a súmula tem efeito vinculante e passa, então, a ter força de lei perante os órgãos do Poder Judiciário e da Administração.¹⁰

Portanto, resta claro o perigo potencial que ronda o advento das súmulas de efeito vinculante, pois nota-se um caráter autoritário que confunde a divisão dos Poderes prevista constitucionalmente o que institui, forçosamente, um

Oficial da União. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 maio 2013.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 967.

⁹ BRASIL, Lei nº 11.417, 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 maio 2013.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 967.

discurso meramente monológico do próprio direito em si, pois condiciona todas as esferas judiciais e administrativas à hermenêutica do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, essa tão propalada reforma do Poder Judiciário surgiu, em tese, com intuito de otimizar o Poder Judiciário, visando proteger e aplicar de forma mais rígida os princípios da celeridade processual, da eficiência e da segurança jurídica, objetivando, assim, uniformizar decisões que, a princípio, teriam situações fáticas e jurídicas idênticas.

1.1 Abordagem sobre o caráter geral da norma

Nesse tópico irá se proceder, de forma breve e concisa, à análise do discurso teórico que motivou o nascimento da hermenêutica positivada com efeito vinculante adotada pelo Pretório Excelso, recorrendo-se sempre à Filosofia do Direito para se especificar algumas noções e conceitos relativos ao caráter geral da norma.

A busca pela definição una e precisa do que seja justiça é algo que há muito é buscado e estudado por diversos filósofos, juristas, sociólogos e cientistas políticos ao longo da evolução do Direito inserido nos mais variados modelos sociais que apareceram ao longo da história.

Há tempos os homens elevam à máxima magnitude a importância da busca conceitual de justiça para, a partir dela, trabalhar mecanismos que habilitem e assegurem a aplicação dessa virtude comum a todos os homens, objetivando, assim, a harmonia da convivência em sociedade.

Para Radbruch, considerado por alguns o maior representante da filosofia dos valores (Wertphilosophie), a própria ideia de direito é constituída pela análise conjunta de três quesitos: justiça, fim e segurança social¹¹; o que nos remete à conclusão de que a própria ideia de direito não pode ser dissociada da ideia de justiça, sendo que essa integra aquela.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: M. Fontes, 2004, p. 47.

Invariavelmente, o direito depende do contexto social do qual ele deriva, assim, conseqüentemente, implicando que a própria ideia de justiça também deriva do atual pensamento e posicionamento social do que é justo ou não¹², mostrando, então, que o conceito de justiça pode ser mensurado subjetivamente.

Ainda nessa esteira, pode-se afirmar que a ideia de justiça é resultado de uma análise de condutas humanas, seja em relação à justiça igualitária que seria a justiça abrangida pelo direito privado, como a justiça distributiva que seria a estudada pelo ramo do direito público¹³, o que resulta na impossibilidade de padronização hermenêutica, pois, para Kelsen, a justiça seria “a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens; o juízo segundo o qual uma tal conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração de conduta”¹⁴.

Portanto, ainda à luz dos ensinamentos de Kelsen, podemos afirmar que a ideia de justiça é um termo relativo, podendo ser avaliada subjetivamente, o que remete a uma negativa perante a padronização inflexível que provém na maioria das vezes do Poder Legislativo e, como no caso objeto de estudo do presente trabalho, na hermenêutica sumulada de efeito vinculante.

Ainda assim, sendo tratada como mediadora do direito positivo, podemos assimilar a ideia de justiça com a ideia de igualdade, pois justiça nada mais seria do que a aplicação de normas de forma a se guardar o direito igualmente entre os homens do mesmo contexto social.

Nossa própria Constituição se baseia no homem individual, na proteção e garantias do homem individual, conforme preceitua o art. 5º do referido diploma legal, de onde podemos retirar a ideia do princípio da igualdade, qual seja: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

¹² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: M. Fontes, 2002, p. 11.

¹³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: M. Fontes, 2004, p. 50.

¹⁴ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. trad. por João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: M. Fontes, 2003, p. 4.

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”¹⁵

Porém, cumpre ressaltar que a ideia de igualdade não pode ser trabalhada e aplicada de forma a agrupar em um mesmo contexto social homens que não pertencem ao mesmo ciclo social, não possuem a mesma condição financeira e econômica e que, de forma geral, não vivem realidade similar ou sequer próxima uma da outra, devido às discrepantes diferenças sociais, econômicas e políticas.

Como nos ensina Norberto Bobbio, o problema seria simples se todos os homens fossem iguais em tudo, mas nenhum homem é completamente igual ou desigual em relação a um semelhante, pois os que são iguais em um critério podem ser diferentes em outro.¹⁶

Portanto, em nosso ordenamento, nasce a complementação do princípio da igualdade tipificado no art. 5º da Magna Carta, que seria “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida e na proporção de suas desigualdades.”¹⁷

Conclusivamente, podemos deduzir, então, que o caráter geral da norma seria a tentativa de padronização de uma ideia geral de justiça e igualdade aplicável a todos visando assegurar o tratamento mais adequado às pessoas que vivem realidades distintas, objetivando-se, assim, a equiparação na balança entre as partes, tentando aproximar as desigualdades da igualdade.

1.2 Abordagem sobre a segurança jurídica

Além dos aspectos gerais de uma norma, no presente caso uma norma sumulada pelo Pretório Excelso que visa à aplicação mais justa e igualitária de uma regra, de forma a se considerar os ideais de justiça e igualdade que

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 maio 2013.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. Em torno da noção de justiça. In: _____. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Trad. Por César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, p. 213.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 maio 2013.

prevalecem atualmente em nosso Estado Democrático de Direito, deve-se entender que o principal objetivo de uma “súmula vinculante” é a segurança jurídica.

Considerando-se a vasta abstração que envolve a definição conceitual de justiça e igualdade, o conceito de segurança jurídica sofre a mesma dificuldade, pois a ideia de valorar absolutamente conceito tão amplo nos remete a uma série de fatores que nos implicam à ordem pública e à garantia harmônica da paz social.

O mesmo Radbruch já mencionado, que define o direito como sendo o conjunto da justiça, fim e segurança social, também afirma categoricamente que “o direito enquanto ordenação da vida comum não pode ficar abandonado às diferenças de opiniões dos indivíduos, pois é necessário haver uma ordem acima de tudo e de todos.”¹⁸

Assim, vale aludir novamente o art. 103-A § 1º da CF, que nos especifica o verdadeiro objeto da súmula, o que, por si, implica no real objetivo desta:

“Art. 103- A § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.”¹⁹

Percebe-se, então, a necessidade de normas, regras e entendimentos jurisprudenciais sumulados de forma positivada, para que haja mais segurança perante a população e menos flexibilidade em face das lacunas do ordenamento jurídico que permitem as variadas interpretações.

Aliás, pode-se dizer que a segurança jurídica e a confiança da população na aplicação de leis de caráter geral, que valem para todos os homens

¹⁸ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: M. Fontes, 2004, p. 108.

¹⁹ BRASIL, Lei nº 11.417, 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 29 maio 2013.

indiscriminadamente, são elementos essenciais e constitutivos do próprio Estado Democrático de Direito, já que a harmonia social só pode ser garantida, nesse modelo, quando há uma padronização da aplicação das leis positivadas e interpretações pacificadas de decisões litigiosas.

Nesse sentido, a maior parte da doutrina que é favorável ao efeito vinculante das decisões judiciais sumuladas afirma que “para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta e muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica.”²⁰

Fica assim demonstrado que visando garantir essa ordem que deve existir acima de tudo e de todos para assegurar a paz social e o próprio exercício democrático do direito, a ideia de criar “súmulas vinculantes” para suprir as lacunas da lei e padronizar decisões idênticas perante todas as esferas da administração pública e da ordem jurídica foi, de modo idealista, bem intencionada.

A propalada “crise do poder judiciário”²¹ nos remete a ideia do Judiciário abarrotado de processos que acarretam na morosidade da tutela jurisdicional perante a população e da inexistência de segurança jurídica devido a decisões desiguais para casos de fato e direito, a princípio, semelhantes.

Portanto, a EC nº 45, foi uma resposta do Poder Público, de uma forma geral, que objetivou maximizar a eficiência da prestação jurisdicional perante a população, haja vista que o Judiciário, principalmente as esferas superiores, estavam abarrotadas de processos que em muitos casos poderiam ser solucionados com a aplicação de uma “súmula vinculante” de efeito geral, garantindo, assim, a segurança jurídica.

1.3 Da constitucionalidade das súmulas vinculantes

Nesse tópico será tratado o caráter constitucional do advento das súmulas vinculantes e a (in) aplicabilidade dessa perante as ofensas que esse

²⁰ TEBET, Diogo. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 41.

²¹ TEBET, Diogo. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 23.

instituto causou à ordem do Estado Democrático de Direito em si, visto que as súmulas infringem princípios e fundamentos basilares inerentes e entranhados à Carta Magna.

A origem das súmulas de efeito vinculante vem, inegavelmente, da atual necessidade prática do Poder Judiciário de reduzir e acelerar a resolução de lides que, principalmente, são destinadas à análise do Supremo Tribunal Federal.

É certo que com o desenvolvimento lento e gradual da sociedade e da cidadania, que hoje vive uma era informatizada que propicia o acesso à informação, a ideia dos direitos do cidadão brasileiro se expande de forma que esse passa a exercer uma busca mais efetiva por seus direitos, instigando e provocando mais a tutela jurisdicional do Estado.

Dessa forma, o Estado se vê na obrigação de proporcionar essa tutela de forma responsável e eficaz, mesmo que exista uma sobrecarga de serviços que, em tese, devido à atual organização judiciária, o poder público não teria condições de assumir.²²

Assim, como uma forma prática de se assegurar o acesso à justiça, a solução mais imediata se mostrou ser a celeridade e a sumarização, que não seriam vistas pela Min. Cármen Lúcia como uma solução final, pois, ao se manter a mesma estrutura organizacional do Estado face a maior demanda processual, o resultado seria a diminuição do cidadão e o extermínio de seus direitos.²³

Contudo, impera ressaltar que a simples celeridade processual não implica em um melhor atendimento jurisdicional prestado pelo Estado, pois certa parcela da morosidade processual é devida ao extremo zelo empregado na análise de cada caso concreto.

Sendo questão relativa, a velocidade com que se dá o provimento jurisdicional deve ser trabalhada cautelosamente, pois se “uma Justiça é lenta

²² ROCHA, Cármen Lúcia. Sobre a súmula vinculante. In: **Revista do IAB**, nº 85, 2º semestre, 1996, p. 89.

²³ Idem, p. 109.

demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”²⁴

Assim, em que pese seja evidente o atual problema que sofre o Judiciário com uma maior demanda de serviços, não se pode apenas querer otimizar o tempo em que se leva na resolução das lides, pois, dessa forma, o poder público estaria mitigando os direitos do cidadão, padronizando a hermenêutica de uma forma potencialmente perigosa, porquanto nenhuma norma ou súmula estará sempre perfeitamente engrenada ao caso concreto.

1.3.1 Da violação ao devido processo legal

Conforme já demonstrado, o potencial ofensivo de uma hermenêutica padronizada e sumulada com efeito vinculante é evidente, inferindo, assim, na mitigação dos direitos do cidadão, principalmente do direito a um processo justo e regular, com garantia à ampla defesa e ao contraditório e o direito a um julgamento analisado individualmente, considerando-se as peculiaridades não abarcadas pela lei.

O art. 5º de nossa Magna Carta trata dos direitos fundamentais individuais e coletivos inerentes a todos os cidadãos, sendo que os incisos LIV e LV nos remetem, de forma positivada, à força constitucional de tais dispositivos que garantem o devido processo legal:

“Art. 5º

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça. In: _____. **Temas de direito processual (oitava série)**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;²⁵

Portanto é de clareza inquestionável que, em um Estado Democrático de Direito que tem sua Constituição centrada no homem individual, o poder público deve garantir de todas as formas que não haja abusos e arbitrariedade de decisões contra a população, devendo estabelecer regras pétreas para que esta possa se defender de forma ampla e obrigatória.

Assim, a implementação do instituto jurídico das súmulas vinculantes encontraria óbice no ordenamento jurídico constitucional, pois sua aplicação em si iria de encontro ao direito fundamental do devido processo legal, principalmente no processo penal, que tem como objeto os direitos mais preciosos do homem, que seriam o direito à vida e à liberdade.

O processo penal em si é composto de várias fases e procedimentos, todos abarcados pela legislação competente, para que justamente se possa evitar o tão temido arbítrio do poder punitivo do Estado. A partir do momento em que o Estado não respeita essas fases, ele rompe com a garantia constitucional do devido processo legal.

O respeito ao devido processo legal deve ser irrestrito, pois é dever do Estado prestar uma tutela jurisdicional efetiva, que não limite os direitos do cidadão face à “crise do poder judiciário”, devendo-se entender que efetividade em nada se confunde com celeridade impetuosa imposta, muitas vezes, pela sumariedade. Nesse sentido ensina Calmon de Passos:

“Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias (constitucionais) não é simplificar, deformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo dos juízos e tribunais. Favorece-se o poder, não os cidadãos, dilata-se o espaço dos governantes e restringe-se o dos

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 31 maio 2013.

governados. E isso me afigura a mais escancarada anti-democracia que se pode imaginar”.²⁶

A mitigação dos direitos individuais não pode ser justificada pelo abarrotamento e morosidade que hoje devastam o Poder Judiciário, pois não se pode limitar a democracia por questões práticas e burocráticas, visto que, se assim fosse, não existiria nenhuma garantia desse sistema judiciário e viveríamos em um sistema abusivo escondido pelo manto da justiça.

Impera ressaltar, ainda, que, “com o escopo de assegurar (de uma forma um tanto quanto acrítica) a justiça e a igualdade sempre alicerçando tais relações no postulado da segurança jurídica, abre-se um perigoso campo de cerceamento da atividade jurisdicional e a independência da magistratura do país.”²⁷

Observa-se então que as ofensas ao devido processo legal se estendem também a alguns princípios processuais, dentre eles o princípio do duplo grau de jurisdição, que garante ao cidadão que outro órgão colegiado possa rever as decisões de grau inferior, para que a natureza dialética do direito possa ser exercida.

Assim, se em todos os casos que exigem a tutela jurisdicional se aplicar apenas a hermenêutica sumulada do Pretório Excelso, toda a organização judiciária pode ser comprometida, pois, além da mitigação do direito do cidadão, a própria estrutura do Poder Judiciário estaria sendo reduzida, forçadamente, a adotar apenas uma interpretação.

Outro princípio violado seria o da independência da magistratura, princípio esse que garante a autonomia dos juízes de decidir conforme o próprio juízo de valores, logicamente que dentro dos ditames legais, sendo independentes de outros órgãos ou instâncias superiores.

Portanto, em que pese tenha surgido com o intuito de garantir a segurança jurídica, as “súmulas vinculantes” também acarretaram em demais incertezas no âmbito prático do exercício e desenvolvimento do processo,

²⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 70.

²⁷ TEBET, Diogo. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 15.

levantando, assim, dúvidas com relação à legalidade dessas perante o ordenamento e a estrutura judiciária.

1.3.2 Da violação à separação dos poderes

É cediço que o Estado Democrático de Direito brasileiro é constituído com base na tripartite dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário visando, dessa forma, descentralizar o poder e dividir de forma harmônica as responsabilidades da administração pública perante a sociedade, o que é positivado no art. 2º da Constituição Federal: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”²⁸

Assim, o princípio da separação dos poderes também configura um dos fundamentos mais importantes de nossa organização político-estrutural, sendo considerado por Canotilho uma constante e a *ratio essendi* de uma Constituição.²⁹

Cumpra asseverar que a separação dos poderes é cláusula pétrea, devendo ser respeitada e não podendo ser alvo de alterações, sequer por meio das emendas constitucionais, pois é característica inerente ao Estado Democrático Brasileiro, sendo assegurada no art. 60, §4º, III da CF:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

III - a separação dos Poderes;”³⁰

²⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 06 jun. 2013.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. (2. reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 56.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 06 jun. 2013.

Contudo, uma das mais aventadas violações decorrentes da implementação do instituto das súmulas de efeito vinculante em nosso ordenamento jurídico seria, justamente, o desrespeito axiomático ao princípio da separação dos poderes.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 31 de Dezembro de 2004, que deu nova redação ao art. 103-A da CF, tem-se flagrante ofensa à cláusula pétrea que defende a separação dos poderes, pois a referida emenda afirma que as súmulas geram efeito vinculante a todos os órgãos da administração pública e do Judiciário.

Além desse efeito vinculante que obriga a todos os demais órgãos com o escopo de defender a segurança jurídica, o § 3º do art. 103-A da Constituição estabelece que, quando a súmula aplicável ao caso concreto não for respeitada, desse ato caberá reclamação ao Supremo Tribunal que poderá resultar na anulação do ato ou cassação da decisão judicial que desrespeitou a súmula:

“§ 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 a aplicação da súmula, conforme o caso.”³¹.

Portanto, nota-se a força de lei que existe na essência de uma súmula vinculante, pois essa obriga a todos e, se contrariada, poderá sempre ser alvo de Reclamação perante o Pretório Excelso para que esse solucione a lide de forma a fazer valer o entendimento pacificado e sumulado pelo Tribunal.

Assim, verifica-se a confusão de competências que hoje ronda o instituto das súmulas vinculantes, pois com o intento de garantir uma célere prestação jurisdicional e “maior segurança jurídica”, o Supremo Tribunal Federal passou a ter o poder de legislar e fazer lei com sua hermenêutica perante todos os órgãos da administração pública.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 07 jun. 2013.

Contudo, ao que parece, vale ressaltar que hoje tramita perante o Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional (PEC) que visa acabar com o problema que a existência das súmulas vinculantes acarreta ao princípio da separação de poderes.

A PEC nº 33 de 2011 passa por um processo de aprovação e admissibilidade perante o Congresso, objetivando a alteração da redação de alguns dispositivos constitucionais e, dentre eles, encontra-se a redação do art. 103-A da CF, o qual trata sobre as súmulas vinculantes.

A nova redação que seria imposta ao art. 103-A da CF iria submeter a aprovação de súmulas com efeito vinculante ao Congresso Nacional. Perceba-se a nova redação que a PEC nº 33 de 2011 almeja impor ao dispositivo constitucional supracitado, em seu *caput*:

"Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."³²

Assim, resta comprovado que o Congresso tenta minar essa discricionariedade autônoma do Supremo Tribunal Federal de estabelecer uma hermenêutica positivada de efeito vinculante, o que acarreta em obrigações perante toda a administração pública e outros órgãos judiciários com força de lei.

Contudo, grande parte da problemática que envolve o advento do instituto das súmulas vinculantes ainda é a grave ofensa à divisão dos poderes, pois

³² BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011> Acesso em: 07 jun. 2013.

é do equilíbrio dessa divisão que se evita o abuso descontrolado, conforme ensinou um dos maiores articuladores dessa teoria tripartite, Montesquieu.³³

1.4 Da inconstitucionalidade da Lei nº 11.417/2006

Conforme esposado no tópico acima, resta comprovado que o Congresso tenta minar essa discricionariedade autônoma do Supremo Tribunal Federal de estabelecer uma hermenêutica positivada de efeito vinculante, o que acarreta em obrigações perante toda a administração pública e outros órgãos judiciários com força de lei.

Entretanto, deve-se analisar, de forma crítica, o processo de promulgação da Lei nº 11.417/2006, que teve seu advento justificado apenas com o intuito de regulamentar o dispositivo do art. 103-A da Constituição Federal, que foi modificado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Conclusivamente, pode-se dizer, então, que a Lei nº 11.417/2006 é apenas uma repetição mais elaborada do texto da emenda constitucional, devendo-se aplicar, tanto para a lei como para emenda, todas as críticas e elogios, pois ambas são, deveras, indissociáveis.

Assim, mostra-se clara a inconstitucionalidade material da lei que regulamenta os requisitos para se criar uma súmula de efeito vinculante, pois é evidente o abuso aos dispositivos constitucionais pétreos que preveem o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (art. 60, § 4º, IV da CF) e o que estabelece a divisão dos poderes (art. 60, § 4º, III da CF).

Ademais, no viés que estabelece os requisitos de constitucionalidade formal, a lei supracitada também encontra óbice, demonstrando assim, novamente, a sua inaplicabilidade.

A Lei nº 11.417/2006 foi iniciada no âmbito do Senado Federal, pelo Projeto de Lei nº 13/2006, por iniciativa da Comissão Mista Especial, que era

³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. trad. por Cristina Muracho. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005, p. 22.

incumbida de regulamentar a Emenda Constitucional nº 45. No dia 9/2/2006, por meio do último parecer, qual seja Parecer nº 112/2006, da Comissão Diretora do Senado, a redação final é aprovada e o projeto é enviado à aprovação da Câmara dos Deputados em 15/02/2006.³⁴

Já na Câmara dos Deputados, tramitando nessa Casa como Projeto de Lei nº 6.636 de 2006, tendo como relator o Deputado Federal Maurício Rands, esse projeto sofreu diversas alterações e modificações por meio de emendas, inclusive alterações de redação, na competência da Comissão de Constituição e Justiça.³⁵

Deve-se destacar que, como previsto constitucionalmente, a tramitação de projetos de lei é regulamentada pelo art. 65 da Constituição Federal, que estabelece o procedimento do processo legislativo em ambas as Casas, inclusive quando uma Casa emenda o texto da outra.

“Art. 65 - O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar. Parágrafo único - Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”³⁶

Ocorre que, em que pese ser de clareza meridional o dispositivo que discorre sobre os trâmites de projetos de lei nas Casas Legislativas, essa disposição foi violada pelos projetos que resultaram na Lei nº 11.417/2006, pois o texto legal aprovado no Senado Federal foi claramente emendado pela Câmara dos Deputados, mas esse projeto emendado não voltou para a casa de origem, qual seja, o Senado.

Portanto a Constituição restou desrespeitada, pois o texto que a Câmara aprovou, depois de uma série de emendas, não teve passagem e não foi

³⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 13/2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, para disciplinar a edição, revisão e cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76459> Acesso em: 15 jun. 2013.

³⁵ GOMES, Miriam Okuno. **A inconstitucionalidade formal da lei 11.417/2006**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em 15 jun. 2013.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 jun. 2013

elucidado e debatido na outra Casa Legislativa, incorrendo, assim, em clara ilegalidade formal ao texto da Constituição Federal.

Assim, demonstradas as ilegalidades materiais e formais, em âmbito constitucional, resta prejudicada a lei que teve seu advento justificado para regulamentar e dispor sobre a criação das súmulas de efeito vinculante, que nascem através do diálogo monológico do direito que surge pela hermenêutica positivada e com caráter de norma jurídica do Supremo Tribunal Federal.

2 ADVENTO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EMBASADORES

Nesse capítulo será abordado especificamente o advento da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, a qual discorre sobre as possibilidades e requisitos que regulamentam o uso de algemas e a aplicação do uso dessas, por parte dos agentes públicos, aos detidos.

Em meio à propalada crise do Judiciário, onde se argumenta a necessidade de efetivar o aparato e tutela jurisdicional do Estado e do Poder Público, de modo geral, em favor da população, surge um novo instituto jurídico que nasce com a jurisprudência consolidada do Pretório Excelso: as súmulas vinculantes.

Com força de norma jurídica e com caráter impeditivo de recursos, ou seja, as decisões que confirmarem a incidência e aplicação da súmula não serão passíveis de recurso, o Supremo Tribunal Federal, no dia 13/08/2008, aprovou a edição da Súmula Vinculante nº 11, que estabelece o cabimento do uso de algemas.³⁷

Com embasamento constitucional voltado para o homem individual, no sentido de se resguardar princípios inerentes à condição humana, tais como o princípio da presunção da inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se o advento da Súmula das algemas:

“Só é lícito o uso de algemas em caso 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

³⁷ Notícias STF. 11ª Súmula Vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais. Publicada em 13.08.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>> Acesso em 15 jun. 2013.

processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”³⁸

Em que pese ter nascido visando resguardar os direitos individuais de cada homem, atendendo aos mais basilares preceitos e princípios constitucionais, a referida súmula trouxe consigo uma série de problemas práticos, tanto no âmbito primário, da ação policial, quanto no âmbito secundário, da ação judicial.

Porém, primeiramente, importa ressaltar que com a edição da súmula, o STF restringiu o uso de algemas a casos excepcionais de operações policiais e julgamentos, pois entendeu que o uso indiscriminado das algemas violaria princípios constitucionais básicos, que seriam o princípio da presunção da inocência e o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é indissociável ao direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.³⁹

2.1 O princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência, tipificado no art. 5º, LVII da Magna Carta, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁴⁰

Sendo uma garantia individual fundamental e de caráter inafastável, o princípio que é inerente a um Estado Democrático de Direito estabelece duas vertentes, sendo que a primeira impossibilita a punição ou sanção estatal antes do trânsito em julgado e a outra impede o tratamento desigual e digno de criminoso para com o investigado.

Portanto, um dos princípios que foram basilares para a edição da súmula, foi o da presunção da inocência visto que ninguém deve ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e, por isso

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em: 15 jun. 2013.

³⁹ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a súmula vinculante nº 11 do STF. **Revista Phoenix Magazine**, São Paulo, ano V, n. XI, p. 38-42, ago. 2008.

⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 jun.2013.

mesmo, ninguém deve ser tratado como criminoso até lá, devendo se evitar ao máximo, abusos por parte do Estado, como no uso indiscriminado das algemas.⁴¹

Assim, quando o investigado colaborar e não apresentar nenhum dos riscos que aduz o texto da súmula, que seriam apresentar resistência, provocar fundado receio de fuga e oferecer perigo à integridade física dele e de terceiros, não caberia o uso de algema, pois assim estaríamos violando o texto da *Lex Maior*.

Porém, há parte da doutrina que entende que não existe ofensa ao princípio da presunção da inocência o simples ato de imputar a alguém o uso de algemas, visto que essa é uma ferramenta inerente à ação policial e que é, para alguns, medida protetiva para que se evite um uso infundado da força.

Há tempos, discute-se acerca da proteção do princípio da não culpabilidade, pois em casos como o de prisão preventiva ou cautelar e no uso analógico de algemas em determinadas situações, deve-se avaliar eventual proibição constitucional a esses procedimentos, tendo fulcro no princípio positivado.

Contudo, no caso de prisão cautelar, o Pretório Excelso se mostra condizente com o entendimento de que esta “não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando jungida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal.”⁴²

Entende-se, então, que o Supremo Tribunal Federal aceita como legítimas as medidas que visem assegurar o processo na busca pela verdade real, devendo-se preservar as ações que visem assegurar o caráter investigatório inerente ao processo penal.

Assim, não há equiparação entre investigado e um condenado por sentença transitada em julgado quando, por meio que fundadamente garanta o transcorrer devido do processo, tanto de investigação e ação policial, como medidas judiciais, a ação se utilizar de meios como a utilização de algemas.

⁴¹ FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 43.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p 585.

Não basta apenas fazer uma análise restritiva ao texto da lei, pois esse mesmo é usado para embasar a desnecessidade de vários meios coercitivos sancionáveis a um investigado, dentre eles o uso de algema, se houver adequação ao texto da súmula, e o da própria prisão anterior ao trânsito em julgado, se não comprovado o *comissi delicti* (prova da existência do crime e indícios de autoria) e o *periculum in libertatis* (perigo real na liberdade do suspeito).⁴³

Assim, conclusivamente, em que pese ser uma ferramenta positivada que possa vir a evitar uma série de abusos por parte do Estado para com os direitos fundamentais individuais de presunção de não culpabilidade, imperioso avaliar se, de fato, há ofensa a esse princípio constitucional quando se utiliza as algemas.

Ademais, também cumpre ressaltar a necessidade de que, se efetivamente comprovada a ofensa ao princípio da presunção da inocência, até que ponto se pode utilizar da desnecessidade de algemas em detrimento de outras garantias constitucionais.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

O outro princípio motivador da criação da súmula é o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, pois essa tem sua Constituição centrada no ser humano, sendo esse o principal objeto de proteção da Magna Carta.

“A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem

⁴³ PACELLI, Eugênio. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14.

menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.”⁴⁴

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana se divide no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo, sendo a primeira como um direito de proteção individual, não apenas em relação ao Estado, mas também em relação aos outros particulares e também constitui em um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Essas duas interpretações auxiliam na ideia de necessidade da súmula, pois, se de um lado temos a proteção do investigado ou do preso em face de qualquer tipo de abuso empregado pelo Estado contra ele, do outro temos a necessidade de tratar de forma igual, na medida do possível, os homens de forma geral.⁴⁵

Portanto, na medida em que se encaixe nos termos da referida súmula vinculante nº 11 do Pretório Excelso, o sujeito deverá ser tratado com o máximo de respeito e dignidade possível, conforme melhor atender a sua condição, sendo ele considerado um ser comum com relação de igualdade para com os demais homens.

Ainda assim, além dos fundamentos e princípios constitucionais supracitados, temos ainda os que são entrelaçados e conectos ao princípio da dignidade da pessoa humana, que estão tipificados no art. 5º, X da Constituição Federal, sendo eles a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.⁴⁶

Nesse sentido, mostra-se razoável pressupor que, quando da ação policial que utilize o emprego e uso das algemas, é certo que outras garantias constitucionais inerentes ao ser humano, conjuntamente com a dignidade da pessoa humana, serão violadas.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.105.

⁴⁵ PACHELLI, Eugênio. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 15 jun. 2013.

Sabe-se que quando um homem é submetido ao constrangimento de estar algemado perante seus semelhantes, ele sofre uma violação a todos os direitos previstos no inciso X do artigo quinto da CF, podendo essa violação ser legítima ou irregular perante a súmula objeto de estudo, o que, de fato, pode justificar e legalizar toda a ação.

Nesse viés, Aury Lopes Júnior afirma que a utilização das algemas não deve ser um espetáculo, acreditando sim que o simples uso infundado da algema gere constrangimento que fere o princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁷

Acredita Aury Lopes Júnior que a cerimônia degradante que é imputada ao detido, quando não for extremamente necessária e *ultima ratio*, gera um sentimento de segregação social que muitas vezes não é recuperado no íntimo do detido, fazendo com que ele se sinta marginalizado perante a parcela da sociedade que presenciou o espetáculo.

Assim, valendo-se do argumento supracitado, tem-se que para alguns, mesmo quando legítima a ação do Estado, esse deve tomar todos os cuidados e cautela em relação ao “espetáculo da prisão”, pois o sentimento que pode ser nutrido dentro do desfavorecido da situação pode, de forma irreparável, moldar um caráter delinquente desse.

Outro doutrinador que defende a criação e edição da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, por acreditar que o uso indiscriminado desta fere diretamente os princípios de presunção de inocência e dignidade da pessoa humana é Luis Guilherme Vieira:

“A Constituição Federal ordena o respeito à integridade física e moral dos presos, proibindo, a todos, submeter alguém a tratamento desumano e degradante, devendo ser respeitadas a dignidade da pessoa humana e a presunção da inocência, o constrangedor e aviltante uso de algemas só pode se dar nas singulares e excepcionalíssimas hipóteses retromencionadas (art. 284 c/c art. 292 do CPP) e, mesmo assim, desde que esgotados todos os demais

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11.

meios para conter a pessoa que se pretende prender ou conduzir. Ou seja, quando houver inquestionável imprescindibilidade do uso de algemas, deve esta ser demonstrada e justificada caso a caso pela autoridade ou seu agente, não podendo a necessidade ser deduzida da gravidade dos crimes nem da presunção de periculosidade do detento, porque ilegal.”⁴⁸

Notavelmente defensor fervoroso dos direitos e princípios fundamentais, Luis Guilherme Vieira acredita sim que devem ser evitados os abusos por parte do Estado, sendo que esse de tudo deve fazer para preservar a incolumidade física e moral do indivíduo, mesmo podendo ser de difícil julgamento, por parte das autoridades competentes, aquilatar o comportamento de um indivíduo que se encontra em uma situação de repressão legítima, o que se pressupõe.

Assim, por grande parte da doutrina defensora dos direitos e garantias constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana seria violado pelo uso desregrado e indiscriminado de algemas, haja vista que a ofensa aqui seria de foro íntimo e pessoal, devendo o Estado evitar o constrangimento desnecessário do homem perante seus semelhantes.

2.3 O caso concreto que motivou a criação da Súmula Vinculante nº 11 do STF

Diante de todos os fatos e argumentos esposados até o presente momento, é possível fomentar uma convicção e entendimento, tanto favorável ao instituto da súmula vinculante, que surge visando assegurar a celeridade processual e a segurança jurídica, quanto ao texto do verbete de número 11 do Pretório Excelso, que visa resguardar a dignidade da pessoa humana, presunção da inocência, isonomia e proporcionalidade.

Nesse viés e se valendo de tal entendimento, temos o advento da referida súmula, objeto de estudo monográfico nesse trabalho, que surge diante de uma situação fática não consistente perante os estudiosos de Direito e que, segundo alguns, não cumpriu todos os requisitos do art. 103-A da Constituição Federal.

⁴⁸ VIEIRA, Luís Guilherme. Algemas: uso e abuso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 16, p. 11-16, out./nov. 2002, p. 15-16.

O caso precursor do advento da referida súmula e o que é aceito e apontado oficialmente pelo Supremo Tribunal Federal, é o caso do pedreiro Antonio Sérgio da Silva, ex-réu e paciente no Habeas Corpus 91.952-9/SP.

No caso concreto, o réu era acusado pela prática de homicídio triplamente qualificado (artigos 121, § 2º, incisos II - motivo fútil -, III - meio cruel - e IV - mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima), sendo que esse, durante a sessão de julgamento do Tribunal do Júri, permaneceu algemado do início ao fim.⁴⁹

Em todas as instâncias manteve-se o entendimento do juiz presidente do Tribunal do Júri, que afirmou apresentando precedentes que o réu deveria permanecer algemado em Plenário, sobretudo porque “tal circunstância se faz estritamente necessária para preservação e segurança do bom andamento dos trabalhos, já que a segurança hoje está sendo realizada por apenas dois policiais civis”.⁵⁰

Contudo, segundo entendimento do Ministro Marco Aurélio Mello, este comportamento de se manter o réu algemado durante a sessão de julgamento, sem qualquer evidência de que esse possa vir a atentar contra a segurança dos presentes, mostra-se extremamente abusivo.

Corroborando com o entendimento da defesa de que a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal já estavam garantidas, tanto que a própria preventiva já estaria prejudicada, e de que o réu não exteriorizava nenhum comportamento agressivo, a permanência desse com algemas durante a audiência iria sim influenciar os jurados. Ademais afirma:

“Ora, estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP. Voto do Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf>> Acesso em 12. set. 2013.

⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP. Voto do Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf>> Acesso em 12. set. 2013.

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..⁵¹

Portanto, conforme fundamentou o Ministro em sua decisão, ainda citando as atuais leis militares e alguns precedentes jurídicos, todo o aparelhato de princípios e preceitos presentes no art. 5º da CF nos incisos XLIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII versam sobre o tratamento humanitário, devendo-se sempre primar pela aplicação desses em caráter, a princípio, inafastável.

Assim, citando apenas três outros julgados referentes ao uso de algemas, em casos restritos às audiências criminais, citando leis do Império e outras atuais e fazendo referência ao entendimento da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre a dignidade do preso como pessoa humana, o Eminentíssimo Ministro decide por bem não apenas determinar que outro julgamento seja realizado, bem como exige que o Supremo Tribunal se posicione de forma mais efetiva sobre o tema, resultando, assim, na criação da Súmula Vinculante nº 11 do STF.

Contudo, deve-se perceber a desnecessidade ou, melhor dizendo, a atuação legiferante extensiva do Supremo Tribunal, pois esse, na forma do voto embaixador do Ministro Marco Aurélio, deu origem à criação de súmula que tinha como único fundamento, pelo menos a princípio, a equidade entre acusação e defesa no curso da ação penal.

Assim, após partir da premissa de que a instrução criminal e a ordem pública já estavam garantidas, o Ministro relator sugeriu um posicionamento mais forte da Suprema Corte, mesmo já existindo uma lei, qual seja a Lei nº 11.689/08, que previa o uso de algemas em audiências judiciais no rito do Tribunal do Júri sob caráter de excepcionalidade.

⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP. Voto do Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf>> Acesso em 12. set. 2013.

A supracitada lei implementou nova redação ao artigo 474 do Código de Processo Penal, que em seu § 3º estabelece que, salvo absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à proteção das testemunhas e à integridade dos presentes, o réu não deverá permanecer algemado.

“Art. 474

[...]

§ 3º 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”.⁵²

Assim, mesmo já existindo legislação que evidencie e limite o uso de algemas em audiências judiciais no rito do Júri, o que talvez possa ser analogicamente interpretado e aplicado para os demais ritos, o entendimento sumulado do Pretório Excelso, objeto de estudo, trata, em parte, sobre a mesma temática.

No corpo do texto da Súmula Vinculante nº 11 do STF, além de ressaltar o que já é preconizado no art. 474, § 3º do Código de Processo Penal (CPP), essa traz a exigência de que a excepcionalidade deve ser justificada por escrito, ficando sujeito o agente ou a autoridade competente às sanções de responsabilidade civil e criminal, podendo, assim, acarretar na nulidade do ato processual que foi realizado ilegalmente pela inobservância do caráter vinculante desse entendimento pacificado com força de lei.⁵³

Percebe-se, assim, o poder que a Suprema Corte tem atualmente, pois, da forma em que é formado o Estado Brasileiro atual, onde a força constitucional impera sobre as leis, o Pretório Excelso, se valendo de motivação principiológica basilar do Estado de Direito do Brasil, pôde expandir tanto os efeitos

⁵² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 12 set. 2013.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=su mula_001_032> Acesso em: 12 set. 2013.

legais, como as consequências da inobservância desse entendimento de controle difuso que, contudo, tem força vinculante.

3 (IN)APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No decorrer dos primeiros capítulos, perceber-se, sobretudo, que ao abordar a temática de súmulas vinculantes, súmulas vinculantes em matéria criminal e a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal, temos nitidamente a valoração e contraposição de fundamentos constitucionais e, até mesmo, de valores e ideais que compõem o Estado Democrático de Direito sob o prisma da Filosofia Jurídica.

Ao ponto em que se tem o embate de princípios e normas constitucionais como do devido processo legal criminal e da separação dos poderes em face da celeridade processual, dignidade da pessoa humana e presunção de inocência, tem-se também a contraposição entre os fins almejados de segurança jurídica e de justiça que, não poucas vezes, são destoantes.

Assim, nesse terceiro e derradeiro capítulo, a abordagem será na conveniência e possibilidade do advento das súmulas vinculantes criminais dentro do ordenamento jurídico, e de sua aplicação em meio à propalada crise do Poder Judiciário.

3.1 Do positivismo ao pós-positivismo e neoconstitucionalismo

Para finalizarmos a pesquisa e estudo temático sobre a implementação do instituto das súmulas vinculantes no cenário político e jurídico atuais, impera analisarmos a atual e mais aceita forma de interpretação constitucional, em detrimento da forma clássica anterior.

Assim sendo, pode-se avaliar que durante a transição da idade média para a moderna, entre os séculos XVIII e XIX, era clamor social a necessidade de imposição de limites ao poder ilimitado e concentrado do soberano,

sendo que a lei geral e o primado da soberania popular eram tão fortes e presentes que eram elevados a um patamar de dogma.⁵⁴

Portanto, almejando a limitação aos arbítrios dos absolutistas, o direito, muitas vezes, foi responsável por sacrificar um de seus grandes objetivos, qual seja, a justiça, em nome da segurança jurídica idealizada nesse cenário político-social em que surge o positivismo como hermenêutica constitucional.

Havia aqui a evidente necessidade de afastar os preceitos jusnaturalistas que rondavam a aplicação do direito, já que esses preceitos eram firmados sobre premissas que implicavam na diferenciação desarrazoada entre pessoas, entre os detentores do poder e o povo.

Primando-se pela objetividade e segurança jurídica, as leis surgem com caráter de “abstração desconhecido em épocas pretéritas, passando a expressar um padrão de comportamento contido em uma relação obrigatória entre uma hipótese abstrata e sua consequência”, resultando na previsão de solução a *priori* de um conflito pelo método dedutivo.⁵⁵

Assim, o direito passa a ser produção de vontade humana, a partir da criação das leis que eram fruto do clamor popular, sendo que a justiça em si estaria na própria lei positivada, cabendo ao aplicador do direito apenas aferir a validade formal da norma e não avaliar a justiça ou correção da aplicação desta.⁵⁶

Percebe-se então que o aplicador do direito não realiza juízo de valor quando da aplicação da norma e de seus efeitos, pois não há possibilidade de interpretação do que é, aplicado ao caso concreto, justo ou injusto, bom ou ruim, cabendo a ele apenas aferir a validade normativa.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 176-180.

⁵⁵ AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. **Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói: Impetus, 2004, p. 145.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 33.

Segundo entendimento de Dworkin, pode-se definir o positivismo a partir de 3 preceitos, sendo que o primeiro seria o conjunto de regras aceitas socialmente que definem quais comportamentos serão punidos e coagidos pelo poder público, sendo essas regras aferidas pela sua validade (pedigree), o segundo seria a possibilidade de não haver no ordenamento uma solução para o caso concreto, quando o aplicador buscaria essa solução além do direito e a última seria a atribuição de uma obrigação apenas quando o caso se enquadrasse em uma regra jurídica, que exige uma ação ou omissão, pois se não há norma válida que assim o defina, não há obrigação jurídica.⁵⁷

Assim, percebe-se que a hermenêutica positivista determina a produção jurídica apenas à instância legislativa, cabendo ao aplicador do direito meramente aferir a validade da norma, o que se distancia do caso concreto e do objetivo idealizado de justiça em favor do parâmetro rígido idealizado por essa forma de interpretação objetiva, que prima pela segurança jurídica.

Devido ao potencial perigo que esta forma rígida de interpretação constitucional traz inerentemente consigo, emerge, face a casos concretos e históricos e outros hipotéticos, o pós-positivismo jurídico.

Esse novo pensamento jusfilosófico tenta impor e combinar limites valorativos ao aplicador do direito, visando à correção do sistema e uma aproximação da busca da justiça, já que “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos”.⁵⁸

A crise do positivismo se deu, dentre outras razões, devido à complexidade da sociedade pós-moderna, já que o conjunto de normas positivadas e codificadas não mais estava atendendo a solução de conflitos de forma eficaz, e que a aplicação das normas positivadas, muitas vezes, implicava em soluções absurdas e desproporcionais.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36.

⁵⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12.

Sendo o direito uma ciência social mutável que deve sempre acompanhar o desenvolvimento e evolução social para ser justo e aplicável perante a realidade prática, o positivismo deixou de ser capaz de explicar a realidade do direito.

Assim, uma das principais críticas ao modelo positivista foi, justamente, a ausência de critérios valorativos para a aplicação da norma, sendo que essa, muitas vezes, proporcionou a criação ou validação de situações absurdas por meio de decisões distantes da justiça.⁵⁹

Ainda à luz dos estudos de André Rufino do Vale, tem-se que a complexidade das normas constitucionais não pode ser explicada exclusivamente a partir do positivismo, jusnaturalismo ou do realismo jurídico, pois aspectos diferentes de cada uma dessas teorias seriam imprescindíveis para a atual hermenêutica constitucional contemporânea.⁶⁰

Portanto, pode-se afirmar que as características desse novo posicionamento seriam a valoração de normas, constitucionais ou legais, por parte do Judiciário, bem como o aumento da força política desse órgão, pois a interpretação desse cria uma norma jurídica, e a consideração de princípios como norma.

Então, com o pós-positivismo, torna-se possível afastar a aplicação de determinada lei quando de seu efeito concreto resultar uma aplicação do direito que seja distante de uma solução justa:

“O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender *uma leitura moral do Direito*, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma

⁵⁹ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009, p. 24.

⁶⁰ VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009, p. 24.

teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”⁶¹

Tem-se, assim, uma nova realidade jurídica que emerge em meio à estaticidade imposta pelo legislativo ao aplicador do direito, momento em que este último adquire a competência para valorar a lei posta, elevando-se na estrutura tripartite de poderes e surgindo com elevado poder que merece ser tratado cuidadosamente.

3.1.1 *Politização do Judiciário*

Nesse determinado contexto que vê nascer o pós-positivismo embaixador do neoconstitucionalismo, tem-se, então, que a norma jurídica não mais é apenas o texto normativo positivado, codificado e estático, pois nessa nova hermenêutica, a norma jurídica seria a soma entre o texto normativo e a interpretação jurídica e, possivelmente valorativa, que o julgador ou cientista do direito aplicam ao texto da lei.

Corroborando com o entendimento supracitado, temos que a extensão e abrangência da norma serão fixadas pelo intérprete normativo, sendo que “a transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete”.⁶²

Assim sendo, nessa nova concepção da Filosofia do Direito, afunilando-se principalmente para o Direito Constitucional, cabe ao julgador a hermenêutica, sendo que até mesmo a interpretação de princípios é válida, mesmo quando esses não compõem disposição expressa no texto normativo constitucional.

Assim, pode-se deduzir, por método axiomático, que não existe significado da norma sem que antes tenha sido realizado um processo de interpretação, por parte do intérprete e aplicador do direito, já que a norma jurídica só é formada a partir dessa interpretação.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p 514.

⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 26.

Portanto, mostra-se de suma importância a jurisprudência do Tribunal Constitucional, pois é ele que interpreta e delimita a abrangência das normas e princípios, às vezes elípticos, constitucionais devido à relativa transferência do poder político do Poder Legislativo para o Judiciário.

Contudo, há a necessidade de se ponderar a aplicação mecânica da nova forma de interpretação constitucional, pois todas as teorias quando utilizadas em excesso, em algum momento, vão permitir falhas atentatórias ao desenvolvimento jurídico.

Se um modelo jurídico no qual apenas existam regras é potencialmente ofensivo pela rigidez e baixa capacidade de ajuste, onde se prima pelo objetivismo e pela segurança jurídica, por outro lado, um modelo com baixa densidade normativa, que comportasse toda e qualquer ponderação sobre o texto legal seria igualmente prejudicial.⁶³

Impera ainda ressaltar que é de suma importância que a sociedade se mantenha vigilante aos abusos que podem decorrer dessa autonomia política atribuída ao Poder Judiciário, principalmente à Suprema Corte, pois isso pode resultar em um ímpeto legiferante ilegítimo, como se vê atualmente ocorrendo pelas ações do Pretório Excelso.

A valoração buscada pelo pós-positivismo, devida ao aplicador do direito, não pode ser limitada de forma vinculante, aqui não mais pelo Legislativo, mas pela própria Suprema Corte, que retira a autonomia dos juízes de primeiro e segundo grau quando da análise do caso concreto determinando que se aplique seu entendimento de forma objetiva e inquestionável.

Vê-se ainda mais temeroso quando o objeto de súmula vinculante é criminal, pois devido à complexidade inerente ao processo penal, deve-se, em que pese ser necessário um parâmetro definido que assegure uma certeza jurídica,

⁶³ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set.2005.

analisar e aplicar regras, normas e até mesmo princípios de acordo com o caso em concreto e com a ponderação dos direitos pessoais em face dos coletivos.

3.2 Da Inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal

De forma geral, como demonstrado no decorrer de todo o trabalho monográfico, em que pese os princípios e fundamentos que embasaram o advento das súmulas vinculantes e da Súmula Vinculante nº 11 do Tribunal Constitucional, a argumentação seguiu no sentido da reflexão acerca da inaplicabilidade das súmulas vinculantes, principalmente em matéria criminal.

Assim afirma categoricamente o ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Franciulli Netto, que expressa ser admissível súmula vinculante nos ramos do direito administrativo, financeiro, econômico e tributário, devendo ser repelida, contudo, nos ramos do direito civil, penal e em parte do direito comercial.⁶⁴

O Direito Penal e o Direito Processual Penal são especialíssimos, pois tratam dos valores constitucionais em sua essência, de forma mais efetiva e calorosa, já que é nesse ramo que se verifica com maior intensidade os pontos de tensão existentes entre o Estado e os indivíduos, sendo que o processo penal seria o reflexo do direito constitucional aplicado.⁶⁵

Assim, importante não se primar desarrazoadamente pela celeridade processual e pela solução da crise do poder judiciário que é, resumidamente, o abarrotamento de processos que importam na morosidade do sistema judiciário, a qualquer preço, já que o direito penal e processual penal é especialíssimo, devendo ser protegido contra estigmas padronizados que possam ferir o devido processo legal.

Ainda nessa esteira, temos o entendimento um pouco mais extensivo do Ministro do Pretório Excelso, Gilmar Mendes, que assevera sobre a

⁶⁴ FRANCIULLI NETTO, Domingos. **A revalorização dos juízes de primeiro grau e dos tribunais locais**. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/28765797_A_Revalorizao_dos_Juzes_de_Primeiro_Grau_e_dos_Tribunais_Locais> Acesso em 23 set. 2013.

⁶⁵ TEBET, Diogo. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 161.

temática afirmando que “em regra, as súmulas vinculantes serão formuladas a partir das questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais, suscetíveis de uniformização e padronização”.⁶⁶

Ainda importa recapitular mais negativas já citadas sobre a inaplicabilidade de súmula em matéria criminal, que se mostra atentatória a princípios também basilares do Estado Democrático de Direito, como a estrutura fundamental da separação dos poderes, pois o Supremo Tribunal não pode se esconder no ativismo judicial e no pós-positivismo para criar, em um ímpeto legiferante desenfreado, súmulas vinculantes que obrigam todos os órgãos da administração pública e do Judiciário.

Afunilando-se ainda mais a esteira da inaplicabilidade da súmula vinculante criminal para a súmula vinculante nº 11 do Tribunal Constitucional, partindo-se de geral para o específico, deve-se analisar novamente o corpo do texto sumulado:

“Só é lícito o uso de algemas em caso 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”.⁶⁷

Cumprindo, ainda, a meu ver, abordar sobre a desnecessidade do texto sumulado, ao menos em parte, já que a Lei nº 11.689/08 atribuiu nova redação ao art. 474 § 3º do Código de Processo Penal⁶⁸, estipulando a excepcionalidade do uso de algemas nas audiências do Tribunal do Júri, o que poderia ser interpretado analogicamente e de forma extensiva pelo aplicador do direito ou pela jurisprudência, aos demais ritos judiciais.

⁶⁶ MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004. In: TEBET, Diogo. **Súmula Vinculante em Matéria Criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 224

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=su mula_001_032> Acesso em: 23 set. 2013.

⁶⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 23 set. 2013.

Ainda referente à problemática da súmula vinculante de forma geral, mas também de forma específica, urge discorrer sobre o vício jurídico que diz respeito à subjetividade do texto sumulado e ao poder demasiado que terá a autoridade julgadora para avaliar se presentes ou não os requisitos da Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

Isso porque o Judiciário é quem irá avaliar se os critérios e padrões subjetivos da súmula foram cumpridos ou não, de forma um tanto quanto extensiva, podendo o julgador fazer uma interpretação ampla sobre o fato.⁶⁹

O que se observa, portanto, é que a Súmula Vinculante nº 11 atribui ao policial e, em momento posterior, aos juízes de primeiro e segundo graus, o encargo de verificar se, em uma determinada situação, o uso da algema seria ou não necessário, sendo que dessa interpretação subjetiva que cada um desses agentes pode atribuir ao caso concreto, é cabível uma sanção tanto disciplinar civil, como penal.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu um critério nitidamente subjetivo para se determinar o uso de algemas e, em contrapartida, impôs sanções graves aos casos em que estas forem utilizadas de forma irregular, sanções essas que gerariam graves consequências aos agentes envolvidos.⁷⁰

Ainda cabe salientar, de modo geral, que a própria Lei nº 11.417/06, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal é formalmente inconstitucional, o que importa em uma negativa, mesmo que seja passível de ser superada, das súmulas editadas após a estruturação procedimental que ela determina.⁷¹

Assim, resta comprovada, em linhas gerais, a inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 11 do Pretório Excelso, ante a inúmeros e flagrantes desrespeitos à estrutura de organização do Estado Democrático Brasileiro, pois não

⁶⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

⁷⁰ FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a súmula vinculante nº 11, do STF. **Revista Phoenix magazine**, São Paulo, ano V, n. XI, p. 38- 42, 2008.

⁷¹ GOMES, Miriam Okuno. **A inconstitucionalidade formal da lei 11.417/2006**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em 23 set 2013.

se pode ceder ao incontrolável e autônomo ímpeto ativista judicial da Suprema Corte, que pode gerar absurdos assim como as leis aplicadas, e não valoradas, observadas pela ótica do positivismo.

3.2.1 Das consequências e da inaplicabilidade material da Súmula Vinculante nº 11 do STF

Depreende-se do texto da súmula das algemas que, os critérios subjetivos estabelecidos pela Suprema Corte deverão ser analisados, bem como serão devidas as sanções pela inobservância dos requisitos, aos agentes penitenciários, quando da guarda e transporte do preso, ao policial quando da prisão, e ao juiz de primeiro e segundo graus, que determinará quando será devido o uso de algemas nas audiências.

Contudo, conforme demonstrado no tópico anterior, mostra-se desnecessário o advento do entendimento pacificado vinculante no sentido da permanência do réu algemado em audiências criminais, haja vista dispositivo presente na legislação pertinente. Ademais, assevera-se ainda sobre o alto grau de subjetividade e o caráter legiferante do Supremo Tribunal de atribuir sanções potencialmente perigosas aos agentes aplicadores e intérpretes da súmula no caso concreto.

Nesse viés, ainda existem várias implicações legais negativas e vários vícios jurídicos que podem ser depreendidos da aplicação prática da súmula, podendo gerar graves consequências ao devido processo penal, devendo-se avaliar o primeiro momento em que existe a possibilidade de o poder coercitivo estatal impor o uso de algemas a um investigado, sendo esse o momento da prisão.

Com relação à atividade policial, é vasta a doutrina que defende ser inerente da própria natureza operacional coercitiva, o uso de algemas. Rodrigo Carneiro Gomes defende que o uso de algema por parte da polícia não ofende o princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que é apenas um instrumento

posto à disposição da polícia que garante, sem possibilidade de dúvidas, a preservação da integridade física do detido, do corpo policial e de terceiros.⁷²

Corroborando com o entendimento citado, o uso de algemas nada mais é do que uma garantia de que a integridade física do preso e dos agentes policiais será preservada, devendo ser visto apenas como meio inerente ao policial que visa garantir a implicação moderada da força para uma contenção mais segura do detido, sendo meio capaz de evitar até possível abuso de força coercitiva.

Assim, a utilização de algemas nada mais é do que um ato natural inerente à atividade policial, que objetiva por atender e preservar as regras de segurança, além de inibir eventual fuga ou evasão, portando-se como atividade da agência pública que tem como obrigação o dever e o poder de agir para evitar o resultado.⁷³

Ainda integrando o rol de doutrinadores contrários a Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal, temos o entendimento de José Almir Pereira da Silva, que defende a superação dos direitos fundamentais do detido quando esses se chocam com os mesmos direitos dos agentes ou de terceiros. Aqui, o uso das algemas serviria para garantir de forma efetiva a proteção dos direitos fundamentais dos agentes de segurança, assim como o de terceiros, em face da possibilidade do detido oferecer perigo a esses.⁷⁴

Nesse sentido, tem-se o entendimento de Paulo Fernando Silveira que afirma que o uso das algemas não contraria de forma alguma os princípios da

⁷² GOMES, Rodrigo Carneiro. **A problemática da exposição midiática e a regulamentação do uso de algemas: segurança da equipe em operações policiais.** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> Acesso em: 24 set. 2013.

⁷³ GRECO, Rogério. **Atividade policial.** Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 39.

⁷⁴ SILVA, José Almir Pereira da. **O uso de algema: estado democrático de direito ou estado de politicagem.** Academia de Direito Militar. Disponível em: <http://www.academiadedireitomilitar.com/index.php?option=com_content&view=article&id=98&catid=35> Acesso em: 24 set. 2013.

dignidade da pessoa humana, tampouco da presunção da inocência, pois o que afeta esses princípios é o próprio ato da prisão, e não o uso de algemas.⁷⁵

Percebe-se aqui, então, uma mudança de foco sobre a ação decorrente do Poder Público que pode, segundo interpretações, ferir ou atentar contra alguns princípios fundamentais da pessoa humana, previstos constitucionalmente, pois se mostra razoável atribuir possível ofensa ao ato da prisão propriamente dita, e não tão somente ao ato de impor o uso de algemas ao preso.

Por conseguinte, ainda partilhando a aversão à Súmula Vinculante nº 11 do Pretório Excelso, temos um diferente enfoque com relação à subjetividade do texto quanto aos critérios jurídicos que determinam o uso de algema apenas em casos com fundado receio de fuga e de perigo à incolumidade física própria e/ou alheia.

Tal subjetividade tem o texto da lei, que se mostra incabível a pretensão de se exigir do policial que analise a possibilidade de reação do detido em face da situação prática, pois não se pode definir, com um juízo tomado em tempo curto e no calor de uma prisão, se o detido irá se rebelar ou não.⁷⁶

Ainda sendo mais específico, o pensador supracitado afirma que quando acuado e prestes a ser levado para a prisão, qualquer indivíduo pode oferecer resistência de forma abrupta, tornando-se, assim, um perigo a todos que estão em sua volta.⁷⁷

Partilha do mesmo entendimento o ex-diretor geral da Polícia Federal, Luiz Fernando Corrêa, que era o efetivo diretor da corporação à época da edição da súmula objeto de estudo, sendo que, para ele, o comportamento humano

⁷⁵ SILVEIRA, Paulo Fernando. Algemas - seu uso e súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal: Regra ou exceção? **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba-MG, v.12, n. 16, p. 13-21, maio, 2009.

⁷⁶ SILVA, José Almir Pereira da. **O uso de algema: Estado Democrático de Direito ou Estado de politicagem**. Academia de Direito Militar. Disponível em: <http://www.academiadedireitomilitar.com/index.php?option=com_content&view=article&id=98&catid=35> Acesso em: 24 set. 2013.

⁷⁷ Idem.

é imprevisível, haja vista que não se pode mensurar o que se passa no íntimo de cada um. Analisa ainda que, em casos que a algema foi utilizada, não se tem notícia de transgressão aos direitos, tanto do preso quanto o direito dos demais, o que não poderia ser garantido com a não utilização da algema.⁷⁸

Assim, para parte da doutrina, o uso de algemas não deveria ser uma exceção, e sim regra normatizada e de comum aceitação, pelo menos no momento da operação policial, visto que é um instrumento do qual dispõe o agente público para proteger os direitos de segurança da coletividade, do preso e o seu.

3.2.2 Da anulação do ato processual e/ou do auto de prisão em flagrante (APF)

Com o advento da Súmula Vinculante nº 11 da Corte Constitucional, tem-se que o uso indevido de algemas pode acarretar a nulidade do ato processual a que se refere, bem como nulidade do ato da prisão, em flagrante ou por decisão judicial, acarretando várias consequências jurídicas com relação à aplicação da pena.

As nulidades, no âmbito da esfera processual penal se dão de duas formas, sendo elas nulidades relativas ou sendo elas nulidades absolutas, de acordo com seu vício e violação à norma prescrita.⁷⁹

Com relação ao uso infundado das algemas, pela agressão visível à norma prescrita, mesmo não sendo norma penal e sim entendimento jurisprudencial pacificado em súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a nulidade que acarreta o uso de algemas quando não presentes os requisitos previstos na súmula é absoluta.⁸⁰

Portanto, quando não observados os requisitos, os atos processuais prejudicados ou viciados serão passíveis de anulação, o que pode gerar grande instabilidade jurídica, pois a nulidade de certos atos processuais e da própria prisão

⁷⁸ CORRÊA, Luiz Fernando. Zero Hora, Porto Alegre, 19 ago. 2008. **Caderno Geral**, p. 39.

⁷⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18.

⁸⁰ GRECO, Rogério. **Atividade policial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 38.

pode, dependendo, encerrar um processo, já que pode significar eventual prescrição delitiva.⁸¹

Ou seja, o eventual uso de algemas, correto ou não, irá se transformar em uma estratégia judicial que visa livrar o réu não por falta de indícios de autoria ou qualquer benefício, mas por morosidade e incompetência do sistema criado pelo Judiciário que, no caso concreto, criou a regra e ele mesmo irá julgar pela validade ou não.⁸²

Ainda à luz da doutrina citada, entende-se que os efeitos da decisão que reconhece a inaplicabilidade da Súmula Vinculante nº 11, gerando assim possíveis nulidades, serão retroativos, gerando ainda mais caos no sistema de justiça penal.

Corroborando com o já citado, urge em evidenciar, de forma literal, o posicionamento de Paulo Rangel.

“Com a súmula vinculante a Polícia só poderá algemar o detido quando este oferecer resistência, ameaçar fugir no momento da prisão ou tentar agredir os agentes de polícia ou a si próprio. Dessa forma, ausentes os requisitos acima o suspeito deve ser preso sem algemas, sob pena do Estado ser processado civilmente e os agentes responderem administrativa, civil e penalmente. Além disso, o APF ou ato processual da prisão pode ser anulado. Cria-se, com a súmula vinculante, um novo vício jurídico: o vício do uso de algemas que acarreta a sanção de nulidade do ato prisional. A autoridade policial deverá justificar, por escrito, o uso de algemas no preso, sob pena da responsabilidade dita na lei. O problema será se a justificação da autoridade policial convencerá a autoridade judiciária que é quem exercerá o papel fiscalizador da legalidade ou não do seu uso. Em outras palavras, inventaram mais uma maneira de anular o APF ou a decisão judicial daqueles que não podem ser presos, mas se forem que não sejam algemados. Algema e ‘camburão’ são para pobre, não para Colarinho-Branco”⁸³

Ainda à luz da doutrina citada, depreende-se outra crítica acerca do advento da referida súmula, pois essa vem também para resguardar os direitos de detidos que pertencem a uma classe social mais favorecida, onde esses que por várias vezes escapam da justiça, se forem pegos, que não sejam algemados.

⁸¹ GRECO, Rogério. **Atividade policial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 38.

⁸² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34.

⁸³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34/35.

Por fim, como demonstrado exaustivamente no decorrer desse derradeiro capítulo, pode-se afirmar que a súmula objeto do presente estudo trouxe mais complicações do que soluções, desde o ímpeto legiferante do Supremo Tribunal, que restringe e fere os direitos dos juízes de primeiro e segundo graus, bem como todas as razões gerais e específicas que inviabilizam, ou deveriam inviabilizar, o uso de súmulas vinculantes em matéria criminal, especialmente referente à Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

CONCLUSÃO

Apesar de a conclusão ser resultante do afunilamento temático sobre o objeto de estudo abordado no decorrer de todo trabalho monográfico, tem-se que a argumentação inteira discorreu sobre a impossibilidade e inaplicabilidade das súmulas vinculantes em matéria criminal, com enfoque principal na Súmula Vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se que, com relação ao objeto de estudo em tela, as complicações resultantes do advento desse novo instituto de controle difuso de constitucionalidade, com efeito vinculante, foram muito maiores e mais evidentes do que as próprias soluções apresentadas.

Em que pese ser necessário um paradigma diretor do direito aplicado, que norteie a população atribuindo à previsibilidade que sustenta e harmoniza o convívio social, garantindo assim a objetividade e a segurança jurídica da aplicação do direito, esse não pode ser buscado a qualquer custo, sendo que o custo efetivo, no caso, é o da própria busca pela justiça.

Deve-se entender que o campo do direito penal e do direito processual penal é, dentro do direito público, o mais especial de todos, onde o bem tutelado pelo Estado e passível de punição é a liberdade individual e outros direitos fundamentais, sendo que é impossível estigmatizar, de forma meramente codificada, toda e qualquer conduta ou padrão de comportamento de todos os envolvidos inclusos no curso da instrução criminal ou da ação penal.

Assim sendo, o uso de algemas deveria ser regulamentado e plenamente aceito, cabendo ao legislador, e não o judiciário, definir e regulamentar situações de fato em que é devido o uso de algemas, como, e principalmente, nos casos de atividade e operações policiais, ou seja, quando da prisão.

Assevera ainda ressaltar que o que atinge todos os preceitos e princípios constitucionais embaixadores da súmula é resultante do próprio procedimento coercitivo da prisão, da investigação criminal e não o uso de algemas.

Veja-se ainda que é consenso comum por parte dos doutrinadores que quando utilizada de forma vexatória e visando o constrangimento público, o ato praticado pelo agente estatal deve sim ser punido, visto que fere, nesse caso, o princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁴

Contudo, tal fato não pode ser atribuído ao simples fato do uso de algemas, sendo que isso se mostra meramente como um instrumento que o Estado, na forma da polícia, pode impor para que se evitem potenciais abusos, tanto por parte do detido como por parte dos agentes.

Assim, diante dos problemas apresentados, avalia-se, como hipótese de solução, a regulamentação legal do uso das algemas, determinando-se expressa e objetivamente as hipóteses de utilização das algemas, considerando a integridade física do policial e do próprio preso, haja vista que o perigo nas operações policiais é algo inerente a esse tipo de atividade.⁸⁵

Nesse sentido, já se tem editado os Projetos de Lei nº 3887⁸⁶ e 3888⁸⁷ de autoria do Deputado Marcelo Itagiba, nos quais estariam sendo estabelecidas as circunstâncias em que seria devido o uso de algemas, de forma que ao Poder Legislativo incumbiria o dever de avaliar essas circunstâncias e prever no texto legal os casos em que se deve ou não utilizar o referido instrumento.

Em outra vertente, foi editado o Projeto de Lei n. 3938/2008, elaborado pelo Deputado Laerte Bessa, o qual consigna que a afronta ao princípio

⁸⁴ HEBERLLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008, p. 131.

⁸⁵ GOMES, Rodrigo Carneiro. **A problemática da exposição midiática e a regulamentação do uso de algemas: segurança da equipe em operações policiais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> Acesso em: 24 set. 2013.

⁸⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3887/2008. Dispõe sobre o uso de algemas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 24 set. 2013.

⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3888/2008. Altera a redação do inciso III do art. 13 e do art. 301 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 24 set. 2013.

da dignidade da pessoa humana e exposição à situação vexatória do acusado não se dá efetivamente pelo uso da algema, mas pela forma com que se dá a divulgação do fato pela mídia, atribuindo ao acusado uma situação prévia de culpa e segregação social, devendo, portanto, ser impedida a divulgação de sua imagem.⁸⁸

Esses projetos de lei se mostram, a princípio, como formas de se reestabelecer a harmonia entre os poderes, além de tentar regulamentar as situações e ocasiões de imposição de uso de algemas de forma mais objetiva, primando-se também, pela segurança dos agentes públicos, sendo essas consideradas saídas e soluções possíveis.

⁸⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3938/2008. Dispõe sobre o uso de algemas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 24 set. 2013.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. **Novos direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói: Impetus, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

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

BOBBIO, Norberto. Em torno da noção de justiça. In: _____. **Norberto Bobbio: o filósofo e a política: antologia**. Trad. Por César Benjamin e Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3888/2008. Altera a redação do inciso III do art. 13 e do art. 301 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal.. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 24 set. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3887/2008. Dispõe sobre o uso de algemas. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 24 set. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 3888/2008. Altera a redação do inciso III do art. 13 e do art. 301 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>> Acesso em 24 set. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 33/2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à

Constituição. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011> Acesso em: 07 jun. 2013.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 12 set. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**:

promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 28 maio 2013.

BRASIL, Lei nº 11.417, 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 dez. 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 22 maio 2013.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 13/2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal, para disciplinar a edição, revisão e cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76459>

Acesso em: 15 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_032> Acesso em: 15 jun. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. (2. reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

CORRÊA, Luiz Fernando. Zero Hora, Porto Alegre, 19 ago. 2008. **Caderno Geral**, p. 39.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. **A revalorização dos juízes de primeiro grau e dos tribunais locais**. Disponível em:

<http://www.researchgate.net/publication/28765797_A_Revalorizao_dos_Juizes_de_Primeiro_Grau_e_dos_Tribunais_Locais> Acesso em 23 set. 2013.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Uso de algemas: a súmula vinculante nº 11 do STF. **Revista Phoenix Magazine**, São Paulo, ano V, n. XI, p. 38-42, ago. 2008.

GOMES, Miriam Okuno. **A inconstitucionalidade formal da lei 11.417/2006**. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>> Acesso em 15 jun. 2013.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **A problemática da exposição midiática e a regulamentação do uso de algemas: segurança da equipe em operações policiais**. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> Acesso em: 24 set. 2013.

GRECO, Rogério. **Atividade policial**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

HEBERLLA, Fernanda. **Algemas e a dignidade da pessoa humana: fundamentos jurídicos do uso de algemas**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. trad. por João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LOPES JUNIOR, Aury Celso Lima. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar; PFLUG, Samantha Meyer. Passado e futuro da súmula vinculante: considerações à luz da emenda constitucional n. 45/2004. In: TEBET, Diogo. **Súmula vinculante em matéria criminal**. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. trad. por Cristina Muracho. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2005.

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

Notícias STF. 11ª Súmula Vinculante do STF limita o uso de algemas a casos excepcionais. Publicada em 13.08.2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467>> Acesso em 15 jun. 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. trad. por Marlene Holzhausen. São Paulo: M. Fontes, 2004.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. trad. por Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: M. Fontes, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia. Sobre a súmula vinculante. In: **Revista do IAB**. nº 85, 2º semestre, 1996.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 109-129, jul./set.2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Almir Pereira da. **O uso de algema: estado democrático de direito ou estado de politicagem**. Academia de Direito Militar. Disponível em: <http://www.academiadedireitomilitar.com/index.php?option=com_content&view=article&id=98&catid=35> Acesso em: 24 set. 2013.

SILVEIRA, Paulo Fernando. Algemas - seu uso e súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal: Regra ou exceção? **Revista Jurídica UNIJUS**. Uberaba-MG, v.12, n. 16, p. 13-21, maio, 2009.

Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 91.952-9/SP. Voto do Min. Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc91952.pdf>> Acesso em 12. set. 2013.

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

VALE, André Rufino do. **Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. São Paulo: IDP/Saraiva, 2009.

VIEIRA, Luís Guilherme. Algemas: uso e abuso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, n. 16, p. 11-16, 2002.