

VOTO

O Senhor Ministro Luiz Fux (Relator): Cuida-se de recurso extraordinário que veicula o tema nº186; 477 da repercussão geral (“*Revisão de Súmula Vinculante em virtude da superveniência de lei de conteúdo divergente*”), a partir de acórdão que, no âmbito de execução penal, decretou a perda de um terço dos dias remidos, em virtude da prática de falta grave consubstanciada na imputação da prática de crime de roubo com emprego de arma (art. 157, §167; 2º186,, do CP) e de resistência (art. 329, §167; 1º186,, do CP).

Presentes os requisitos de admissibilidade do presente recurso, notadamente o da tempestividade, prequestionamento, legitimidade e o do interesse recursal, além do indispensável reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário desta Corte (Tema 477), impõe-se o seu conhecimento.

Nas razões de seu recurso, o recorrente sustenta que (i) a alteração da data-base somente poderia ocorrer na hipótese de nova condenação, tendo assim a decisão violado o art. 5º186,, XXXIX, da Constituição da República; e (ii) a decretação da perda dos dias remidos imposta pela decisão teria igualmente afrontado os arts. 5º186,, XLVI, e 93, IX, da CF/88.

Nada obstante a demanda concreta, ao reconhecer a repercussão geral do presente tema, em 22/9/2011, este Supremo Tribunal Federal se propôs a discutir tema de índole constitucional maior: **a necessidade, ou não, de revisão ou de cancelamento de Súmula Vinculante em virtude de superveniência de lei de conteúdo divergente**.

De modo mais específico, o caso envolve diretamente a **Súmula Vinculante nº186; 9**, aprovada na sessão plenária de 12/6/2008, originária de relevante proposta realizada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, sob a Presidência, à época, do Ministro Gilmar Mendes. No contexto de uma reduzida densidade normativa sobre o tema, o enunciado sumular foi editado em razão do acúmulo de casos e de precedentes no Tribunal a respeito da possibilidade, ou não, da perda dos dias remidos em razão da prática de falta grave no curso da execução penal.

Na ocasião, assentou-se a recepção, pela ordem constitucional, da redação então vigente do art. 127 da Lei de Execuções Penal – LEP (Lei nº186; 7.210/1984), que dispunha:

Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar. (redação anterior à Lei nº186; 12.433/2011)

À época, afastou-se a aplicação à hipótese do limite temporal de 30 (trinta) dias, estabelecido pelo art. 58 da mesma lei para situação diversa, vez que esse dispositivo cuidava do tempo máximo de aplicação de sanções de isolamento, suspensão e restrição de direitos, *in verbis* :

Art. 58. O isolamento, a suspensão e a restrição de direitos não poderão exceder a trinta dias, ressalvada a hipótese do regime disciplinar diferenciado. (Redação dada pela Lei nº186; 10.792, de 2003)

Como resultado, fixou-se o seguinte enunciado: “ *O disposto no artigo 127 da Lei nº186; 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente, e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58*”.

Supervenientemente, o Congresso Nacional editou a Lei nº186; 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a Lei de Execução Penal para dispor a respeito da remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. No teor de suas alterações, a referida lei alterou a redação do art. 127 dessa Lei– ao qual a Súmula Vinculante nº186; 9 já fazia menção –, passando a estabelecer o limite objetivo de 1/3 (um terço) para a perda dos dias remidos, em caso de falta grave. A propósito, veja-se a diferença entre a redação anterior e atual do indicado dispositivo legal, *verbis* :

Redação da LEP anterior à Lei nº186; 12.433/2011 : “*Art. 127. O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.*”

Redação atual : “*Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.*”

Daí surgir a controvérsia expressa no presente tema de repercussão geral reconhecida, relativamente aos limites e possibilidades da aplicação de Súmula Vinculante, quando há superveniente norma legal que modifique, complementemente ou mesmo contrarie seu enunciado. Sobre o tema, rememora-se que a Lei nº186; 11.417/2006, ao disciplinar o processo de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal já trata da questão. Com efeito, seu art. 5º186; estabelece que “ **Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante , o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso** ”.

Deveras, à luz desse dispositivo legal, cumpre ressaltar que há duas Propostas de Súmula Vinculante (PSV's) apresentadas para equacionar o

tema sob questão: **PSV 60 e PSV 64**. A **primeira**, proposta pelo Defensor Público-Geral Federal, propõe o **cancelamento** da Súmula Vinculante nº186; 9. A **segunda**, proposta pelo Ministro Cezar Peluso, propõe a **revisão** da referida SV sugerindo as seguintes redações: **(a)** " *a previsão legal da perda dos dias remidos pelo condenado que cometa falta grave não ofende a garantia constitucional do direito adquirido* " ou **(b)** " *é constitucional a perda dos dias remidos, prevista em lei, pelo condenado que cometa falta grave, por não ofender a garantia constitucional do direito adquirido* ". Ambas as Propostas, no entanto, foram sobrestadas até o trânsito em julgado deste Recurso Extraordinário, por decisão do então Presidente desta Corte, Ministro Dias Toffoli.

Destarte, nessa perspectiva interinstitucional e a partir da controvérsia travada nestes autos, exsurtem relevantes questionamentos a respeito das relações entre o Poder Judiciário– e mais especificamente o Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à sua atribuição constitucional de edição de Súmulas Vinculantes (art. 103-A da CRFB/88) – e o Poder Legislativo, em específico, o Congresso Nacional, na edição de atos normativos genéricos e abstratos que possam, eventualmente, contrapor ao que anteriormente afirmado em enunciado de Súmula Vinculante. Por um lado, sob uma perspectiva *democrática*, esta Suprema Corte não pode ser considerada como o único ator responsável pelo estabelecimento da interpretação constitucional, conseqüentemente, fixando, de forma definitiva, os significados dos preceitos da Constituição. Por outro lado, sob a ótica da *rule of law*, este Tribunal possui a incumbência de guardar o conteúdo da Constituição, reprimindo eventuais violações estruturais, mesmo quando resultem do processo deliberativo e legislativo travado em instituições democraticamente constituídas.

Tratando-se, assim, de caso com repercussão geral reconhecida e, por conseguinte, versando sobre relevante questão de índole político-jurídica para além dos interesses subjetivos do processo, impõe-se a discussão da tese de maneira abrangente a fim de fixar *standard* decisório para futuras questões similares. Nesse diapasão, sob a égide da complexa estrutura de *checks and balances* firmada pela Constituição de 1988, o ponto central da questão que se está a discutir é o seguinte: **em que medida é legítima a superação legislativa de entendimento firmado em Súmula Vinculante ?**

Para desenvolver tal reflexão, o presente voto se divide em 3 (três) partes. Na **primeira**, estabelecem-se as premissas teóricas fundamentais a respeito da interação institucional entre Judiciário e Legislativo, no afã de que seja possível a fixação de tese conclusiva quanto ao tema de repercussão geral formulado. Na **segunda**, dá-se solução ao caso concreto no tocante à compatibilidade da Súmula Vinculante nº186; 9 em relação à

nova redação do art. 127 da Lei de Execução Penal (LEP) dada pela Lei de nº186; 12.433/2011. Por fim, na **terceira parte** , apresenta-se o conteúdo dispositivo da presente decisão.

I. SEPARAÇÃO DE PODERES, DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E ESTRUTURA DE INCENTIVOS

1.1 Separação de Poderes e a Pluralização da Interpretação Constitucional:

Ab initio , cumpre ressaltar que a questão atinente ao papel da jurisdição constitucional em um ambiente democrático e de separação dos poderes tem levantado virtuosos debates acadêmicos e jurisprudenciais, dentro e fora do Brasil (BARROSO, Luís Roberto. **A Razão Sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria** . In : Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, número Especial, 2015). Nesse contexto, dois vetores principais parecem pautar esse debate de forma mais contundente: (i) a compreensão contemporânea do princípio da separação de Poderes; e (ii) a relevância da participação popular na construção dos significados constitucionais. A despeito dos distintos adensamentos conceituais e de suas diferentes perspectivas, para os fins do presente caso, ambos os vetores exprimem uma premissa comum relevante: em um ambiente democrático, o exercício de interpretação constitucional não deve residir exclusivamente nas Cortes, sob pena de se recair em sufocante paradigma de Supremacia Judicial.

Com efeito, na linha do que afirma Larry Kramer, professor da Universidade de Harvard, a supremacia judicial representa “ *a noção de que juízes possuem a última palavra no que diz respeito à interpretação constitucional e que, conseqüentemente, suas decisões definiriam o significado da Constituição para todos* ” (KRAMER, Larry D. **The People Themselves** : popular constitutionalism and judicial review. Cambridge: Oxford University Press, 2005, p. 125). Em contraste a tal paradigma, acredito que, em um ambiente de Supremacia **Constitucional** , deve-se reconhecer como igualmente legítimas (i) as contribuições dos outros atores político-institucionais no processo de interpretação constitucional; e (ii) a participação dos diversos atores sociais, por meio de complexas interações e diálogos, na construção dos significados da Constituição.

Quanto ao primeiro ponto , em consagrado trabalho sobre o tema, **Bruce Ackerman** , professor da *Yale Law School* , aponta 3 (três) ideais justificadores para a separação dos Poderes (destaquei):

“ **O primeiro ideal é a democracia.** De um modo ou outro, a separação pode servir (ou dificultar) ao projeto popular de autogoverno. **O segundo ideal é a competência profissional.** As leis

democráticas permanecem no plano puramente simbólico, a menos que os tribunais e as burocracias possam implementá-las de um modo relativamente imparcial. **O terceiro ideal constitui-se pela proteção e ampliação dos direitos fundamentais.** Sem estes, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos de tirania” (ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. **Harvard Law Review**, v. 113, n. 3, Janeiro 2000, p. 639-640).

Nessa linha, ao longo dos anos, modelos mais complexos e concepções menos estanques foram moldando de forma mais realística essa estrutura de separação almejando, por meio de uma dinâmica interinstitucional com interferências recíprocas entre os Poderes, alcançar um ponto ótimo de conflito de maneira que nenhum Poder se sobrepusesse em relação ao outro, tampouco cometesse abusos aos governados (MIRANDA, Jorge. *Funções do Estado*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 85-99, jul./set. 1992).

Dentro dessa estrutura, especialmente após a ascensão das Cortes Constitucionais como importantes atores decisórios na vida política, social e econômica das mais variadas nações por meio do exercício da *judicial review* (ACKERMAN, Bruce. *The Rise of World Constitutionalism*. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997), não é novidade que o exercício da jurisdição constitucional sofreu e sofre relevantes reflexões críticas, principalmente, acerca de sua legitimidade democrática para ocupar tal posição (WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. **The Yale Law Journal**, v. 115, n.6, p.1346-1406, 2006).

Essas críticas decorrem, essencialmente, da situação complexa de que juízes, não submetidos ao escrutínio do processo eleitoral, detém a prerrogativa de infirmar leis aprovadas, após amplo processo deliberativo, por instituições representativas, baseando-se, para tanto, não raras vezes, em mandamentos e em princípios constitucionais abertos e vagos – situação delicada essa que, classicamente, foi denominada como “dificuldade contramajoritária” (BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch**: the Supreme Court at the Bar of Politics. New Haven: Yale University Press, 2ª170; Ed, 1986).

A despeito da profundidade do referido debate, a partir de uma perspectiva crítica, 2 (dois) conceitos correlatos se apresentam como prescrições comportamentais relevantes para o Judiciário e, conseqüentemente, para o presente debate à luz da própria divisão de Poderes.

O primeiro é a **autocontenção judicial** (*judicial self-restraint*), termo que pode ser, resumidamente, exposto como a ideia de que os tribunais devem adotar uma abordagem cautelosa e contida em relação às escolhas que lhes

são apresentadas em sede de sua função adjudicativa (DALEY, John. **Defining Judicial Restraint**. In : CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey. **Judicial Power, Democracy and Legal Positivism**. Aldershot: Ashgate, 2000). O **segundo**, conseqüente lógico do primeiro, diz respeito à postura de **deferência judicial** (*judicial deference*), que impõe ao Judiciário o dever de respeitar o papel e as atribuições conferidos a cada um dos Poderes pela Constituição Federal, acatando, **como regra**, as decisões dos representantes majoritários, especialmente quando tratarem de questões socialmente sensíveis.

Ancoradas no princípio da separação dos Poderes, essas duas prescrições comportamentais demonstram que, ao exercer sua atividade interpretativa de definição de mandamentos presentes na Constituição, o Judiciário deve ter sempre em mente o seu papel dentro do arranjo institucional democrático erigido pela mesma Carta que interpreta, sob pena de solapar as contribuições igualmente relevantes das instituições político-representativas. Nesse diapasão, tais prescrições retomam o que bem aduz o *Justice Stephen Breyer*, da *U. S. Supreme Court*: “ *A Constituição exibe uma preferência democrática por soluções elaboradas por aqueles que o povo elegeu* ” (BREYER, Stephen. **Making our Democracy Work: a Judge’s view**. New York: Vintage Books, 2010, p. 121).

Dessa maneira, torna-se imperioso ao Judiciário reconhecer que, em meio ao corolário não-rígido da separação dos poderes e do democrático mandamento dos *checks and balances*, os outros atores político-institucionais possuem um papel igualmente legítimo e relevante na construção dos significados constitucionais (FISCHER, Louis. *Interpreting the Constitution: More than What the Supreme Court Says*. **Extensions, Journal of the Carl Albert Congressional Research and Studies Center**, Oklahoma, 2008).

Quanto ao segundo ponto, de igual modo, a própria concepção de limitação do poder, ínsita aos sistemas de separação de poderes e de freios e contrapesos, milita em favor de uma pluralização dos intérpretes, e não de um monopólio, do sentido da Constituição, concretizando a ideia de “ **sociedade aberta aos intérpretes da constituição** ”. Segundo Peter Häberle, artífice da tese, “ *no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado numerus clausus de intérpretes da Constituição. (...) quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por cointerpretá-la.*” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional** : a

sociedade aberta aos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13).

Em sentido convergente, a despeito de certas distinções metodológicas, autores adeptos ao constitucionalismo popular e ao constitucionalismo democrático também sustentam que a Corte não deveria monopolizar a interpretação constitucional. Sob essas perspectivas, no entanto, advoga-se que outros atores político-sociais são igualmente legítimos para, por exemplo, promover mudanças informais na forma como direitos fundamentais são lidos e aplicados. Em sede doutrinária, já procurei esclarecer alguns desdobramentos dessas teorias, *verbis* (destaquei) :

“Autores norte-americanos como Larry Kramer e Mark Tushnet encabeçaram tal teoria no âmbito da Universidade de Harvard. A despeito das particularidades de cada adensamento teórico, o constitucionalismo popular rejeita modelos de intenso protagonismo judicial e suscita um papel mais proeminente por parte da sociedade na construção do direito constitucional . Para Kramer, por exemplo, em um sistema de constitucionalismo popular, o papel do povo não se limita a atos ocasionais de decisão constitucional. Em verdade, a população seria detentora de grande poder por meio de um controle constante e ativo sobre a interpretação constitucional e sobre o enforcement próprio direito constitucional (KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. California Law Review , Berkeley, v. 92, n. 4, 2004, p. 959).

[...]

*Mark Tushnet, por sua vez, descortina um sentido amplo e participativo de interpretação constitucional, colocando a **Constituição para fora das Cortes** . Para o autor, o próprio Direito Constitucional seria um tipo especial de direito, um direito de cunho político (TUSHNET, Mark. Popular Constitutionalism as a Political Law. Chicago-Kent Law Review , v.81, p. 991-1006, 2006, p. 991). Tushnet, ainda, não rejeita a ideia de constitucionalismo, tampouco se opõe ao dogma da supremacia constitucional. Em verdade, o professor estadunidense **se insurge contra a associação entre supremacia constitucional e supremacia judicial, na qual há uma visão demasiadamente centrada nas Cortes Constitucionais. Isso traria o efeito nocivo pelo qual respostas aos problemas constitucionais advindas de outros espaços sociais somente ganhariam reconhecimento e validade, caso respaldas pela interpretação da Corte** (TUSHNET, Mark. Taking the Constitution away from the Courts. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 186).*

*Em sentido convergente, a professora Reva Siegel e o professor Robert Post, ambos da Yale Law School, observam as Cortes como atores relevantes e especiais na construção do significado da Constituição. No entanto, buscam expor, por meio de um modelo teórico cunhado de “constitucionalismo democrático”, que eventuais discordâncias interpretativas por parte da população para com alguma decisão da Corte fazem parte do processo democrático regular de desenvolvimento do direito constitucional. Nesse sentido, reforçam os efeitos construtivos que um backlash social às decisões judiciais pode trazer. Assim, o que Constituição prevê e o que a Corte Constitucional interpreta representariam circunstâncias distintas e associá-las de forma simbiótica consistiria em erro. Dessa forma, discordar de uma decisão judicial ou de uma interpretação constitucional não significaria discordar da Constituição.” (POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007).*

(FUX, Luiz. **Cortes Constitucionais e Democracia: o Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988**. TOFFOLI, José Antônio Dias (Org.). **30 anos da Constituição Brasileira: Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018).

Desse modo, percebe-se que um paradigma de Supremacia Judicial absoluta ressoaria incompatível com o corolário da Separação de Poderes e sufocaria o processo deliberativo democrático.

1.2 Diálogos Institucionais e a Estrutura de Incentivos:

Se é bem verdade que um paradigma de Supremacia Judicial pode sufocar o necessário embate democrático, o enfraquecimento do Poder Judiciário, no processo de defesa da Constituição, pode ser igualmente indesejado e temerário para uma nação. Isso, pois, especialmente nas democracias de países em desenvolvimento, o Poder Judiciário pode atuar como importante ator na concretização dos **compromissos constitucionais** estabelecidos, bem como na fiscalização do cumprimento desses por parte dos demais atores políticos (LANDAU, David A. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. **Harvard International Law Journal**, v. 51, n. 2, 2010). Como já anotei doutrinariamente (destaquei):

“ É preciso admitir que estruturas constitucionais, por si, não necessariamente sustentam o processo político ou conduzem à democracia. Não há democracia sustentável que esteja amparada apenas em estruturas normativas que preveem direitos fundamentais, eleições, separação de poderes e judicial review. Deve-se analisar o

constitucionalismo também sob o viés funcional, de modo a se verificar se a rule of law [está] efetivamente regula[ndo] o processo político, bem como se os poderes instituídos e os atores sociais mantêm firme compromisso com os valores do constitucionalismo”.

(FUX, Luiz. SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Constituições e Cultura Política: para além do constitucionalismo contramajoritário** . In: George Salomão Leite; Marcelo Novelino; Lilian Rose Lemos Rocha. (Org.). **Liberdade e Fraternidade: A contribuição de Ayres Britto para o Direito** . 1ed.Salvador: *Juspodivm* , 2017, p. 47-62).

Tendo em vista tais preocupações, o Supremo Tribunal Federal deve examinar a presente discussão sob as lentes do hodierno marco teórico dos **diálogos constitucionais/institucionais** . Segundo Cristine Bateup, da *New York University Law School* , a metáfora dos diálogos (destaquei):

“é comumente utilizada para descrever a natureza das interações entre Cortes e as instituições políticas de Governo no âmbito decisório constitucional, especialmente em relação à interpretação de direitos fundamentais. As teorias dialógicas enfatizam que o Judiciário não tem (sob um viés empírico), tampouco deveria ter (sob um viés normativo) o monopólio da atividade de interpretação constitucional. Em verdade, ao exercer o poder da judicial review, juízes se engajam em uma conversa interativa, interconectada e dialética a respeito dos significados constitucionais. Assim, em resumo, decisões a respeito desses significados são, ou ao menos idealmente deveriam ser, produzidas a partir de um processo de elaboração compartilhada entre o Judiciário e os outros atores constitucionais” (BATEUP, Cristina. *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. **Brooklyn Law Review** , v. 71, 2006).

No entanto, não se trata de concepção ingênua de diálogos. Como bem suscita Louis Fischer, notório cientista político norte-americano, o diálogo constitucional entre instituições do Executivo, Legislativo e Judiciário se dá a partir de abrangentes interações e disputas de natureza política entre esses (FISCHER, Louis. **Constitutional Dialogues** : interpretation as political process. Princeton: Princeton University, 1988). Desse modo, a remarcação dos espaços de poder e das funções exercidas pelos Poderes se dão a partir de uma dinâmica conflitiva e competitiva, de forma constante e mutável ao longo do tempo.

Com base nessa teoria dialógica, o Poder Judiciário, ciente de suas limitações técnico-institucionais, pode enfrentar a questão detendo a prerrogativa de gerar **incentivos** para que os outros atores contribuam na solução do caso. É dizer: ao revés do mero enfrentamento direto da questão, muitas vezes inócuo, eventual interferência judicial pode se utilizar de técnica decisória democrática: o diálogo com os demais poderes por meio

de uma “ *estrutura de incentivos* ” (MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise** : uma perspectiva pragmática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017).

Dessa maneira, a intervenção judicial cria incentivos para a ação ou a reação dos atores envolvidos na lide e, por consequência, estimula ou desestimula certos comportamentos por parte desses, o estabelecimento de soluções negociais ou legislativas para a discussão ou até mesmo que atores com maior expertise técnica possam colaborar na solução do conflito (PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. **Revista de Direito Administrativo** , Rio de Janeiro, v. 262, jan/abr, 2013, p. 126).

De forma recíproca, outros atores envolvidos, em especial os outros dois Poderes, podem também oferecer incentivos para nova atuação jurisdicional sobre a questão. Cria-se, assim, um contínuo diálogo republicano possibilitando a abertura constitucional da questão em razão da existência de uma pluralidade de concretizações possíveis para o impasse, especialmente com a passagem do tempo. Tal perspectiva foi bem ressaltada por esta Corte no julgamento do RE 661.256 (destaquei):

“ Havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação dessas normas , ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto da desaposentação , como foi também salientado na parte final do respeitável voto do eminente Ministro Relator, o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidos os impactos econômicos e sociais mencionados pelas partes e interessados não só nas sustentações orais mas também nos memoriais” (RE 661.256, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 28/9/2017).

Em ordem de gerar tais incentivos, o Judiciário, ao repensar o seu papel decisório frente aos demais atores judiciais e não-judiciais envolvidos, passa a se preocupar com os fatores institucionais ao seu redor e avalia, assim, suas habilidades e limitações técnico-institucionais para imprimir, no caso concreto, uma decisão socialmente efetiva no tocante à promoção dos objetivos desejados.

Como bem apontam Cass Sunstein e Adrian Vermeule, para a consecução de tal intuito, é preciso levar em conta, ao menos, dois fatores. Primeiro, as **capacidades institucionais** da pluralidade de atores envolvidos, incorporando, assim, considerações acerca dos recursos e das limitações de cada instituição para solucionar o problema apresentado. Segundo, a **dinâmica dos efeitos sistêmicos gerados a partir da “outorga” do poder decisório para uma instituição ou outra** . (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, p. 886).

Com efeito, a operacionalização de tal tarefa não é simples e demanda um **olhar empiricamente informado**, bem como uma **análise contextual robusta** da problemática em questão, sendo necessário, antes de tudo, estabelecer “o quadro normativo e fático no âmbito do qual as instituições desempenham os seus papéis e inclui-lo na análise consequencialista que determinará qual postura institucional ou método de decisão é o mais apropriado para promover dinamicamente valores sociais relevantes” (ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 38, p. 6-50, jan/jun 2011, p. 33).

Cumpre ressaltar que essa perspectiva não é estranha a esta Suprema Corte, já tendo sido materializada em outras manifestações jurisprudenciais (destaquei):

“ O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº186; 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº186; 28).” (RCL 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel p/ acórdão Min. Luiz Fux, PLENO, j. 8/6/2011, DJe 5/10/2011).

“ A Jurisdição Constitucional , em face da tessitura aberta de conformação legislativa prevista pelo inciso I do §167; 3º186; do art. 166 da CRFB/1988, não detém capacidade institucional automática ou pressuposta e não pode empreender, no âmbito do controle abstrato, a tarefa de coordenação entre o Plano Plurianual (PPA) e as respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO’s) e Leis Orçamentárias Anuais (LOA’s) .” (ADI 5.468, Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 30/6/2016, DJe 2/8/2017). *“A limitação ao direito fundamental à privacidade que, por se revelar proporcional, é compatível com a teoria das restrições das restrições (Schranken-Schranken). O direito ao sigilo bancário e empresarial, mercê de seu caráter fundamental, comporta uma proporcional limitação destinada a permitir o controle financeiro da Administração Pública por órgão constitucionalmente previsto e dotado de capacidade institucional para tanto .”* (MS 33.340, Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 26/5/2015, DJe 3/8/2015).

Em especial, essa perspectiva é coerente com manifestações acerca do tema em outros casos julgados neste Plenário (destaquei):

“ eu acho que aqui realmente entra em cena essa questão do limite da jurisdição constitucional e confronto com a denominada

capacidade institucional . [...] a partir do momento em que há um conflito de conclusões da própria comunidade científica, a melhor opção, à luz da doutrina da Separação de Poderes, é uma deferência ao legislador , porque, no caso, houve audiência pública não só aqui no Supremo, mas, mais importante, houve audiências públicas no Congresso, e foi a partir das conclusões das audiências públicas do Congresso que eles resolveram estabelecer essa excepcionalidade do uso da crisotila. [...]

Então, da audiência pública, no meu entendimento, saltou aos olhos que essas ações precisam necessariamente, para a solução mais justa, não só da autocontenção judicial, mas, acima de tudo, da expertise de quem julgará. E, hoje, essa é uma questão hodierna constitucional do problema da capacidade institucional das cortes com relação ao limite da jurisdição constitucional. Então, quanto mais técnica é a questão, no meu modo de ver, com a devida vênia, maior deve ser a deferência do Poder Judiciário às opções políticas definidas pelo legislador ordinário .” (ADI 4.066, Rel. Min. Rosa Webber, PLENO, j. 23/8/2017, DJe 7/3/2018).

“A discricionariedade do administrador, frente aos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, encontra limites no texto constitucional. Assim, exige-se a atuação positiva do Estado-Administração, bem como do legislador, para tutelar esse direito fundamental, incumbindo-lhe implementar preventivamente as políticas públicas tendentes à concretização do acesso à educação.

É que, delimitada a margem hermenêutica estabelecida pelo constituinte, cabe ao poder público desenhar as políticas educacionais conforme sua expertise. [...]

Afere-se, assim, que a fixação de uma data para ingresso dos alunos em cada etapa do sistema de ensino constitui uma decisão tecnicamente complexa, o que aponta para um controle judicial deferente . [...]

Quanto à idade cronológica de quatro e seis anos completos, também é legítima sua adoção como critério para ingresso no ensino infantil e fundamental, respectivamente. Embora tampouco seja essa a única solução constitucionalmente possível, a escolha se insere no espaço de conformação do administrador, sobretudo em razão da expertise do Conselho Nacional de Educação e de as resoluções terem sido expedidas após a realização de estudos e audiências públicas .” (ADPF 292, Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 1º186;/8/2018, DJe 27/7/2020)

De todo o exposto, extrai-se, portanto, que, em um ambiente democrático, é prudente que não se atribua a qualquer órgão, seja do Poder Judiciário, seja do Poder Legislativo , a faculdade de pronunciar, em

solução de definitividade, a última palavra sobre o sentido da Constituição, tanto em razão de uma perspectiva eminentemente político-democrática, quanto por uma visão calcada em considerações de ordem, essencialmente, institucional .

Não se nega que, em não raras vezes, Constituições preveem trajetos de vocalização institucional para solução de conflitos, normalmente, possuindo uma instância decisória final, desprovida de recursos institucionais adicionais para questionar a sua decisão. No entanto, justamente em vista dos mecanismos dinâmicos de interação entre instituições democráticas e da variável “tempo”, em um ambiente democrático, o que se tem é uma “última palavra” de caráter **provisório**, relativo e mutável, podendo tal “decisão final” ser rediscutida e revisitada a depender do contexto conjuntural posterior e das mudanças fáticas oriundas do decorrer do tempo (MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação** . São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116).

Portanto, a interpretação constitucional deve perpassar por um processo de construção plural entre os Poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário – e os diversos segmentos da sociedade civil organizada. Ao observar a dinâmica entre as instituições pelas lentes do supracitado marco teórico, concebe-se o processo de interpretação constitucional como um mecanismo contínuo, ininterrupto e republicano de construção de significados no qual cada um dos *players* envolvidos contribui ao embate dialógico, com suas capacidades específicas, sem se arvorar como intérprete único e exclusivo da Carta Maior, e, por conseguinte, propagando o avanço e o aperfeiçoamento de soluções democráticas às questões de interesse público.

1.3 Súmulas Vinculantes e Legislação Superveniente

No contexto brasileiro, a partir de leitura sistemática da Constituição Federal de 1988, parece forçoso concluir que a Carta Política direcionou o processo de interpretação e de defesa da Constituição, precipuamente, sob a guarda do Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*). No entanto, não obstante ter lhe concedido tal protagonismo, não o estabeleceu como o único e exclusivo responsável por tais atividades. Não é por outro motivo que, em seu art. 23, inciso I, preceitua ser competência comum de todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), em seus diversos âmbitos, zelar pela guarda da Constituição, por exemplo.

Assim, se é bem verdade que o arranjo institucional da ordem constitucional de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o papel de última instância decisória, órgão **soberano** sobre a interpretação constitucional, daí não decorre que a Carta Política lhe tenha concedido tal

função de forma isolada e absoluta. Afinal, como bem leciona Larry Kramer (destaquei):

*“ Existe, não obstante, um mundo de diferença entre ter a última palavra e ter a única palavra : entre supremacia judicial e soberania judicial. ” (...) daí não segue que a Corte deva exercer sua autoridade sobre toda e qualquer questão ou que, quando o faça, a Corte possa repudiar ou muito rapidamente suplantar os pontos de vista dos outros, ainda mais de instituições democráticas ” (KRAMER, Larry D. We the Court. *Harvard Law Review* , Vol. 115 (1), 2001, p. 13).*

Em razão disso é que o Poder Legislativo possui a prerrogativa de superar entendimentos vinculantes firmados pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a depender do instrumento normativo adotado pelo Congresso Nacional, o caso concreto demandará posturas distintas por parte do STF. Essa questão já foi por mim delineada na ADI 5105 (destaquei):

“À luz dessas premissas, forçoso reconhecer que, prima facie, o legislador pode, por emenda constitucional ou lei ordinária, superar a jurisprudência, reclamando, a depender do instrumento normativo que veicular a reversão, posturas distintas do Supremo Tribunal Federal. Se veiculada por emenda, há a alteração formal do texto constitucional, modificando, bem por isso, o próprio parâmetro que amparava a jurisprudência do Tribunal. Não bastasse, o fundamento de validade último das normas infraconstitucionais também passa a ser outro. Nessas situações, como dito, a invalidade da emenda somente poderá ocorrer, assim, nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da Constituição (i.e., limites formais, circunstanciais e materiais), endossando, em particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais.

Se, porém, introduzida por legislação ordinária, a lei que frontalmente colidir com a jurisprudência da Corte nasce, a meu sentir, com presunção de in constitucionalidade, de sorte que caberá ao legislador o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente se afigura legítima. Ademais, deve o Congresso Nacional lançar novos fundamentos a comprovar que as premissas fáticas e jurídicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial superado não mais subsistem. Não se trata em si de um problema, visto que, ao assim agir, o Congresso Nacional promoverá verdadeira hipótese de mutação constitucional pela via legislativa.

Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis in your face), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem

como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional.

[...] Reitera-se ser possível, em tese, que o legislador ordinário, enquanto não atingido pelos efeitos vinculantes, proceda a correções jurisprudenciais, mas, precisamente porque em oposição ao posicionamento da Corte, nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, característica que se reforça se a orientação fixada amparar-se nos limites materiais do art. 60, §167; 4º186; IV, da Lei Fundamental” (ADI 5.105, Rel. Min Fux, PLENO, j. 1º186;/10/2015, DJe 16/3/2016).

No tocante ao caso concreto, não é por outra razão que o Constituinte Reformador, ao disciplinar o instituto da Súmula Vinculante, em 2004, cuidou de reiterar, taxativamente, os efeitos vinculantes oriundos desses enunciados sumulares, expressamente excluindo, no entanto, a sua incidência nos órgãos de natureza legislativa. Isso, pois, do contrário, engessar-se-ia todo o sistema de interpretação constitucional. Vejamos (destaquei):

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.

Em igual sentido, o art. 5º186; da própria lei que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal, Lei nº186; 11.417/2006, já oferece solução para os casos em que haja modificação ou revogação do diploma legislativo em que a edição da Súmula Vinculante tenha se fundado: sua revisão ou cancelamento, conforme o grau da alteração legislativa. Dessa forma, conclui-se que, **como regra**, o sistema constitucional brasileiro impõe ao Poder Judiciário postura deferente à superação de seus enunciados sumulares vinculantes em face da promulgação de lei superveniente de conteúdo divergente.

O problema, em verdade, reside nas situações em que o legislador, em tese, ultrapassa seu espaço de liberdade e acaba por ferir sensivelmente a própria Constituição. Nessas hipóteses, por exemplo, como decorrência da própria noção dialógica já mencionada, abre-se a prerrogativa ao Judiciário de se debruçar sobre a questão novamente, havendo manifesta dúvida sobre a constitucionalidade da medida legislativa adotada. Como bem aponta Gustavo Gama Vital de Oliveira (destaquei):

*“(...) fato de a CRFB/1988 não estender ao Poder Legislativo o efeito vinculante das decisões proferidas nas ações de controle concentrado e na hipótese da súmula vinculante (art. 102, §167; 2º186; e art. 103-A) não pode conduzir o legislador a utilizar de forma abusiva a prerrogativa de editar leis infraconstitucionais que busquem modificar a interpretação constitucional do STF.” (OLIVEIRA, Gustavo Gama Vital de. **Direito Tributário e Diálogo Constitucional**. Niterói: Impetus, 2013, p. 138).*

De todo o exposto, no âmbito doutrinário, sobre as questões democráticas e institucionais presentes, levando, ainda, em consideração os preceitos já fixados pela jurisprudência desta Corte, bem como observando o próprio ordenamento legislativo e constitucional sobre a questão, é possível concluir, nesse ponto inicial, que:

a) como regra, o disposto na **lei de conteúdo divergente prevalece** sobre o estabelecido em sede de Súmula Vinculante. No entanto, caso haja **dúvida relativa de a lei afrontar a própria Constituição, cabe ao Judiciário, quando provocado, manifestar-se sobre a constitucionalidade** dessa e, conseqüentemente, estabelecer se a SV prevalecerá no caso concreto, mantendo assim seus efeitos.

b) como regra, por força do art. 5º186; da Lei nº186; 11.417/2006, são necessários a **revisão e/ou cancelamento das Súmulas Vinculantes quando haja modificação ou revogação do diploma legislativo em que a edição da Súmula Vinculante tenha se fundado**. Fica, no entanto, resguardada a prerrogativa de o STF afirmar, baseando-se nas circunstâncias concretas do caso, a desnecessidade de tais ações.

c) demanda-se uma posição particularista por parte do Poder Judiciário analisando, em cada caso, eventual abusividade da superação legislativa, seja por meio de alteração da redação anterior, seja por meio da revogação do dispositivo e/ou diploma legal.

II. DO TEMA EM CONCRETO

Delineadas as premissas teóricas da questão em debate e apresentada, de maneira geral, as conclusões iniciais para a presente repercussão geral, passo a examinar o tema concreto. Tal análise se resume em 2 (duas) tarefas: (i) analisar se o presente caso se enquadra em espécie de superação legislativa inconstitucional de entendimento sumulado; e (ii) verificar se, *in casu*, procedem as alegações de violação aos arts. 5º186;, incisos XXXIX e XLVI, e 93, inciso IX, todos da CF/88.

Quanto ao primeiro ponto, a despeito do acima debatido, o presente caso nem ao menos representa espécie de **superação** legislativa em relação aos mandamentos cristalizados na Súmula Vinculante de nº186; 9, editada pelo Supremo Tribunal Federal. Em verdade, o que se impõe é o

aperfeiçoamento da redação sumulada, haja vista a superveniência da Lei nº186; 12.433/2011, que alterou a redação do art. 127 da Lei de Execução Penal (LEP) – Lei nº186; 7.210/1984.

Da análise da ata do próprio debate que culminou na aprovação da referida súmula, extrai-se que, em momento algum, o entendimento firmado na Súmula Vinculante nº186; 9 pretendeu tecer considerações a respeito do conceito de falta grave, tampouco da intensidade da perda dos dias remidos (se total ou proporcional à falta grave cometida). A bem da verdade, a súmula teve como intuito precípuo fixar a tese de que a **previsão** legislativa de perda dos dias remidos foi recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988 e que, conseqüentemente, não haveria de se falar em direito adquirido aos dias remidos em razão de estarem submetidos a regras específicas, afastando-se, com isso, as teses defensivas nesse sentido. Vejamos o debate de sua aprovação (destaquei):

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, vou aderir, insistindo nas duas observações. **O conceito de falta grave está em aberto. Nós não estamos aqui fechando nenhum compromisso com o conceito de falta grave. Depois, a perda dos dias remidos pode se dar por forma proporcional à gravidade da falta . Então, com essas duas ponderações, eu acompanho.**

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - De qualquer forma, submetida a controle judicial devido, claro.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Não estamos dizendo que se perde tudo, que os dias remidos serão totalmente perdidos a partir da constatação de falta grave.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Só está-se dizendo da previsão da perda dos dias.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Apenas isso, que a previsão da perda dos dias remidos é constitucional. É o que nós estamos afirmando. Então, está certo.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E que, portanto, não haveria falar em direito adquirido, porque estaria submetido a regras específicas. É só isso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - As manifestações são, portanto, no sentido da aprovação da Súmula nos termos propostos pelo Ministro Lewandowski, vencido o Ministro Marco Aurélio, que já aduziu as suas razões aqui."

Destarte, a alteração redacional do diploma legislativo **nem sequer chegou a ferir o disposto no enunciado sumular** , que estabelece: " O

disposto no artigo 127 da Lei nº186; 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) foi recebido pela ordem constitucional vigente , e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58” .

O que se fez, pela alteração legislativa superveniente, foi limitar a 1/3 (um terço) o tempo remido suscetível de ser revogado pelo juiz em caso de o condenado cometer falta grave. Resta afastada, assim, a hipótese de superação de entendimento por parte do Legislativo.

Nesse sentido, destaca-se excerto do parecer do *Parquet* apresentado nos autos da Proposta de Súmula Vinculante (PSV) nº186; 64, cristalino ao elucidar que:

“A publicação da Lei nº186; 12.433/2011, alterando o art. 127 da Lei de Execução Penal, não esvaziou o sentido da Súmula Vinculante nº186; 9, tendo em vista que não alterou a consequência jurídica da prática de faltas graves, eis que mantida a perda dos dias remidos pelo trabalho. A remissão continua dependendo do comportamento prisional futuro do condenado, motivo por que permanece inalterado o entendimento do Supremo Tribunal Federal que deu ensejo à edição da Súmula Vinculante nº186; 9, no sentido de que a previsão de perda dos dias remidos não afronta o direito adquirido e a coisa julgada.

Mesmo considerando a substituição pela nova lei do termo que indica ato vinculado – “perderá” – por um termo que denota faculdade do magistrado – “poderá revogar”, não houve mudança da natureza condicional da remição.

Na realidade, com a publicação da Lei nº186; 12.433/2011, alterou-se tão-somente a dimensão da remição, agora limitada à perda de até 1/3 (um terço) do tempo remido, permanecendo igualmente íntegros os fundamentos que afastam qualquer afronta ao direito adquirido e a coisa julgada assegurados pelo artigo 5º186;, XXXVI, da Constituição Federal, bem como impedem de limitar a 30 (trinta) os dias remidos pelo condenado perdidos em razão da prática de falta disciplinar grave, sendo, de qualquer modo, inaplicável o art. 58 da Lei de Execução Penal.”

Quanto à necessidade de revisão da redação sumulada, entendo ser ato conveniente e útil , em vista do risco de a nova redação dar azo à multiplicação de processos mais uma vez.

No entanto, tal discussão será travada, em momento oportuno, seguindo os devidos ritos estabelecidos no regimento interno do STF, no âmbito das **Propostas de Súmula Vinculante nº186;s 60 e 64** , ambas sobrestadas até o trânsito em julgado do presente recurso extraordinário. Em todo caso, desde logo, já se reafirma o entendimento de ser

constitucional a perda dos dias remidos, prevista em lei, pelo condenado que comete falta grave, conforme entendimento já expressado por esta Corte

Por oportuno, quanto às alegações de violação material à Constituição Federal, entendo que nenhuma delas merece prosperar.

No tocante ao **art. 93, IX, da CF/88** (motivação das decisões judiciais), sustenta o recorrente que “ a decisão que decretou a perda de um terço da remição em razão do reconhecimento da prática de falta grave ” contraria tal dispositivo constitucional, sob o argumento de que, “ ante as expressões ‘possibilidade’ e ‘até’, [conclui-se] que a perda de um terço dos dias remidos é exceção e limite máximo, devendo [ser concretizada] de modo fundamentado [mediante] uma gradação” . Ao revés, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, na unificação da interpretação da legislação infraconstitucional, já assentou jurisprudência tranquila sobre o tema, assentando a necessidade de que a aplicação da fração cabível a cada caso deve ser objeto de fundamentação específica pelo juízo da execução penal (destaquei):

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. NÃO APLICAÇÃO DOS CONSECUTÓRIOS LEGAIS, PELO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme quanto às consequências do reconhecimento de falta disciplinar de natureza grave praticada pelo Apenado no curso da execução penal: I) regressão de regime prisional; II) perda de dias remidos; e III) alteração da data-base para a concessão de novos benefícios da execução (salvo o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto). Precedentes do STJ. [...] 3. Quanto à perda dos dias remidos, com o advento da Lei n. 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou a redação do art. 127 da Lei n. 7.210/1984, a prática de falta grave no curso da execução implica em perda de até 1/3 (um terço) desses dias, devendo o Juízo das Execuções aplicar a fração cabível à espécie, de forma devidamente fundamentada, sendo a perda dos dias remidos medida impositiva, ficando no juízo de discricionariedade do Julgador circunscrito à fração da perda . Precedentes do STJ. 4. A falta grave também provoca alteração da data-base para a concessão de novos benefícios da execução (salvo o livramento condicional, a comutação de pena e o indulto). Precedente do STJ (tema repetitivo 709). Incidência dos Enunciados 534 e 535 do STJ. Assim, conforme já decidido no âmbito desta Corte, “[o] Tribunal a quo não pode abster-se de aplicar os consecutórios legais invocando o princípio da proporcionalidade”. (AgRg no REsp 1.681.804/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12

/2017.) 5. *Recurso especial conhecido e provido.*” (REsp 1.960.812/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 17/12/2021).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. OBRIGATORIEDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A prática de falta grave pelo reeducando impõe a decretação da perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, devendo a expressão 'poderá' contida no art. 127 da Lei n.º186; 7.210/84, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º186; 12.433/11, ser interpretada como verdadeiro poder-dever do Magistrado, ficando no juízo de discricionariedade do Julgador apenas a fração da perda, que terá como limite máximo 1/3 (um terço) dos dias remidos (AgRg no REsp 1.424.583/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 18/6/2014).

Indo além, no que toca à discricionariedade da aplicação da fração por parte do órgão julgador, basta observar que o acórdão do Tribunal *a quo* se apresenta plenamente justificado, colacionando robusta jurisprudência e fundamentando tal opção decisória nos dispositivos legais pertinentes em vista, principalmente, do cometimento do crime de roubo com emprego de arma de fogo, a despeito de já ostentar anterior condenação por delito de natureza idêntica (roubo duplamente majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes).

Quanto ao **art. 5º186, XXXIX, da CF/88** (estrita legalidade), sustenta o recorrente que “ *merece ser reformada a decisão do Tribunal a quo, visto que a alteração da data-base somente pode ocorrer na hipótese de nova condenação na superveniência da execução penal*”, afirmando ainda que “ *a alteração da data-base somente pode decorrer do trânsito em julgado de condenação superveniente à execução penal unificada ou somada à pena em execução*”. Entretanto, destaca-se que a falta grave não assume, para fins das consequências da execução, natureza de crime, mas de infração disciplinar. Nesse sentido, revela-se desnecessário que a aplicação das sanções disciplinares respectivas aguardem o trânsito em julgado de nova condenação, já que se trata de esferas distintas de responsabilização do apenado. Por fim, tampouco prospera a alegação do recorrente de violação ao **art. 5º186, XLVI, da CF/88** (individualização da pena) ao sustentar que “ *a perda da remição no máximo de um terço, sem fundamentação e análise da proporcionalidade de modo individualizado caracteriza contrariedade ao art. 5º186, XLVI, da CF*”.

No aspecto, verifica-se que a nova redação do art. 127 da LEP, ao estabelecer a limitação de 1/3 quanto à revogação do tempo remido, impôs maior ônus ao Estado-juiz quando da decretação da perda dos dias remidos, que deverá se dar de forma proporcional à luz das circunstâncias

individuais de cada apenado. Isto é, com a superveniência de tal redação, o juiz passa a ter que levar em consideração as circunstâncias do caso concreto e os pormenores do condenado para estabelecer o *quantum* da perda, que fica limitado a 1/3, o que ocorreu adequadamente no caso, haja vista ter o julgador fundamentado a perda dos dias no patamar máximo em razão da gravidade da nova prática delitiva de autoria do apenado. Em verdade, ao invés de violar a individualização da pena também durante a sua execução, o dispositivo permite, em verdade, a sua concretização, na medida em que a fração dos dias remidos perdidos dependerá dos elementos concretos que circundam cada caso sob análise.

Nesses termos, irretocável a conclusão do acórdão ora recorrido, segundo o qual “ **a perda dos dias remidos é uma consequência legal prevista no art. 127 da LEP e que, segundo o entendimento do STF, não afeta qualquer direito constitucional do apenado** ”, bem como que “ **a perda deve ser limitada, na espécie, a 1/3 do total de dias do apenado, conforme a limitação do art. 127 da LEP, com sua atual redação** ”.

III. DISPOSITIVO

Ex positis, voto pelo **DESPROVIMENTO** do recurso extraordinário.

Proponho a fixação, ainda, da seguinte **tese de repercussão geral**:

1. A revogação ou modificação do ato normativo em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante acarreta, em regra, a necessidade de sua revisão ou cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal, conforme o caso.
2. É constitucional a previsão legislativa de perda dos dias remidos pelo condenado que comete falta grave no curso da execução penal.

Por fim, nos termos do artigo 5º186; da Lei nº186; 11.417/2006, segundo o qual “ *Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso* ”, voto no sentido de **aguardar o julgamento das Propostas de Súmula Vinculante nº186;s 60 e 64 para que se delibere quanto à oportunidade da revisão ou cancelamento da Súmula Vinculante nº186; 9**, via adequada para apreciação da questão.

É como voto.