

**APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO A PARTIR DO
PRECEDENTE JUDICIAL: A “RATIO DECIDENDI” DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11**

*IMPROVEMENT OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM FROM THE JUDICIAL
PRECEDENT: THE “RATIO DECIDENDI” OF BINDING NUMBER 11*

Luís Henrique Barbante Franzé;¹

Giovane Moraes Porto.²

Resumo: O presente texto analisa técnicas adotadas nos sistemas da “common law” e da “civil law” para a garantia da uniformização do entendimento jurisprudencial. Após, examina o instituto das súmulas vinculantes e a utilização de mecanismos próprios do precedente judicial, em especial, a “ratio decidendi” para o aperfeiçoamento da construção e aplicação das súmulas. Assim, analisar-se-á a Súmula Vinculante nº 11, verificando sua redação e os casos que embasaram sua criação, a fim de compreender e delimitar os requisitos para sua aplicação, implicando em uma segurança jurídica aos jurisdicionados e previsibilidade em sua aplicação, não ficando à mercê da consciência de cada julgador de forma solipsista. O objetivo desta pesquisa é buscar, na cultura da “common law”, critérios da “ratio decidendi” que gerem maior confiabilidade na aplicação da referida Súmula, além de propor uma nova redação para ela. A metodologia utilizada é de caráter dedutivo a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, inclusive originária da cultura da “common law”. É esperado chamar atenção dos operadores do direito para a importância do debate sobre a necessidade de estabelecer critérios objetivos para a aplicação da Súmula Vinculante nº 11.

Palavras-chave: “Ratio decidendi”. Súmula vinculante. Segurança jurídica. Uso de Algemas.

Abstract: The present text aims to analyze techniques adopted in the common law and civil law systems to guarantee the uniformity of the jurisprudential understanding. Afterward, it examines the mechanism of the binding precedents and the use of tools specific to the judicial precedent, in particular, the “ratio decidendi” for the improvement of the construction and

¹ Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Processo Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Professor no programa de mestrado da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha em Marília (UNIVEM) e no programa de graduação da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP). Advogado.

² Professor do curso de Direito da Faculdade Cidade Verde (FCV) em Maringá-PR. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP, orientação do Professor Dr. Oswaldo Giacoia Junior. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, bolsista PIBIC/CNPq (2014/2016). Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq – UNIVEM. Advogado.

application of precedents. Thus, the binding summary number 11 will be analyzed, verifying its wording and the cases that underlay its creation, in order to understand and delimit the requirements for its application, implying in a legal certainty to the jurisdictional ones and predictability in its application, not being at the mercy of the conscience of each judge in a solipsistic way. The objective of this research is to search in the common law culture criteria of the *ratio decidendi* that generate greater reliability in the application of said Binding precedent, besides proposing a new approach for its understanding. The methodology used is of a deductive nature based on doctrinal and jurisprudential research, even originating from the common law culture. It is hoped to draw the attention of legal practitioners to the importance of the debate on the need to establish objective criteria for the application of Binding Precedent 11.

Keywords: “Ratio decidendi”. Binding precedent. Legal assurance. Use of handcuffs.

1 INTRODUÇÃO

O tema deste estudo foi escolhido porque um dos grandes obstáculos da ciência jurídica é a busca por mecanismos que viabilizam – o máximo possível – a uniformização das decisões judiciais sobre temas similares, isto para que os jurisdicionados tenham maior isonomia, segurança jurídica e justiça formal³. No entanto, conforme a cultura jurídica de cada povo, a uniformização tem sido buscada de modo diferente. Daí a importância do assunto, pois fomenta o debate sobre um dos mecanismos que o Brasil utiliza em busca desta uniformização, isto é, a Súmula Vinculante e, em especial, a número 11 que versa sobre a (i)licitude do uso de algemas.

Assim, em um primeiro momento, este estudo examinará o instituto dos precedentes judiciais e suas regras, principalmente relacionadas ao seu elemento vinculante, isto é, a “ratio decidendi”. Após, serão verificadas as diferenças e peculiaridades da realidade brasileira, já que o sistema jurídico brasileiro, gradativamente, tem aumentado a força normativa das decisões judiciais, de modo que a experiência jurídica de alguns pronunciamentos judiciais passa a ser considerada como uma fonte primária do Direito, tal como ocorre com a súmula vinculante. Podendo ser transportado e adaptado o instituto da “ratio decidendi” dos precedentes judiciais para aperfeiçoar a técnica de construção e aplicação das súmulas vinculantes.

³ Casos semelhantes devem ser julgados de forma semelhante.

O instituto do precedente judicial é muito confundido, no Brasil, com o instituto das súmulas vinculantes. Os dois institutos decorrem do poder judiciário e vinculam as futuras decisões. Porém, para fazer uma diferenciação mais precisa, é necessário verificar qual elemento da súmula vinculante que vincula.

A doutrina não é pacífica quanto ao elemento vinculante das súmulas, uns entendem que é só o enunciado da súmula, outros entendem que é o enunciado juntamente com os casos que deram origem à súmula, pois todas precisam ser baseadas, derivadas, de casos concretos. A segunda hipótese é entendida como a mais acertada, pois permite uma melhor construção do entendimento jurisprudencial de forma racional, coerente e íntegra.

A teoria que entende que a parte vinculante da súmula vinculante é o enunciado (texto), juntamente com os casos que deram origem à súmula, entende não ser possível diferenciar os institutos afirmando que o precedente está ligado a um caso concreto em quanto às súmulas não, pois entendem que as súmulas não se desligam dos casos que lhe deram origem e que sua aplicação deve, necessariamente, passar pela fundamentação destes casos, não podendo se valer apenas do enunciado.

Sendo assim, apesar de a súmula ser diferente do precedente pelo fato de que aquela visa a solução de casos futuros e este visa a solução de um único caso passado, é possível a utilização de alguns elementos da teoria do precedente judicial no instituto das súmulas, principalmente, as técnicas da “ratio decidendi” e “obiter dictum”, do “overruling” e do “distinguish”. Sendo assim, podemos nos valer de mecanismo do precedente para aperfeiçoar o atual sistema judiciário brasileiro e melhorar a elaboração e aplicação das súmulas vinculantes.

A extração da “ratio decidendi” não estaria no enunciado da súmula, mas nos casos concretos que deram origem às súmulas, assim como a técnica do “distinguish” consistiria na diferenciação do caso a ser solucionado com os casos que deram origem à súmula. A técnica do “overruling” consiste no fato de superar o(s) argumento(s) utilizado(s) para a solução dos casos que deram origem à súmula.

A utilização desses elementos da teoria precedente judicial no instituto das súmulas vinculantes consiste em uma das mais importantes interações entre a “common law” e a “civil law”. Por isso, analisar-se-á o novo Código de Processo Civil, com o escopo de verificar a presença de elementos da “common law” nesta legislação.

Por fim, será proposto um critério mais próximo possível da realidade brasileira, para buscar pela “ratio decidendi” da Súmula Vinculante nº 11, que dispõe sobre regras relativas ao uso de algemas. Permitindo uma melhor redação e aplicação da Súmula devido à coerência e estabilidade em sua aplicação. No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a segurança jurídica trazida pela aplicação da súmula vinculante. A metodologia utilizada foi de caráter dedutivo, utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

2 CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NA “COMMON LAW”

A cultura jurídica da “common law” – de origem anglo-saxônica –, é consuetudinária (BOBBIO, 1995, p. 33), ou seja, não é necessariamente escrita, sendo pautada, principalmente, pelos usos e costumes que devem ser reconhecidos formalmente pelas autoridades judiciárias. A principal fonte do direito desta cultura é o precedente judicial, que se torna parâmetro para tutelar os futuros casos análogos (MANCUSO, 2007, p. 174), com o propósito de gerar igualdade⁴ e segurança jurídica aos jurisdicionados, implicando maior coerência entre o passado e futuro do sistema, pois constrói o direito de forma racional a partir dos fundamentos determinantes de cada *decisum* e facilita que casos semelhantes sejam julgados de forma semelhante.

Por consequência, a cada novo problema jurídico decidido, o Direito passa a ser refinado – buscando a correção substancial e o esgotamento de todos os argumentos para se alcançar a melhor solução possível para aquele problema jurídico – pelo Poder Judiciário (*from case to case*), outorgando poder normativo para a construção racional do Direito, ou seja, a fundamentação da decisão passa a integrar a forma jurídica e adquire força normativa para a decisão de casos futuros, semelhantes.

Aliás, a “common law” (também conhecida como “comune ley”) foi estabelecida como meio para combater a grande variedade dos costumes, que variavam de local para local, de tribo para tribo, antes da invasão dos normandos no território inglês, com a função de propiciar um direito comum sobre toda a Inglaterra, uniformizando e homogeneizando a

⁴ Com o propósito de realizar a justiça formal, ao tratar igualmente casos semelhantes.

aplicação e construção da forma jurídica. Inicialmente a “common law” passou a ser aplicada com exclusividade pelos Tribunais Reais de Justiça, que tinham o monarca no topo da hierarquia (DAVID, 2002, p. 359) e, apesar do formalismo inicial, gradativamente, as decisões passaram a ser normas substantivas, de modo que o *precedente* foi valorizado⁵ (DAVID, 2002, p. 364).

Vale registrar que a “common law” sofreu forte influência do período relativo à conquista da Inglaterra (anglo), pelos normandos (saxões), que eram capitaneados por Guilherme, o Conquistador, no ano de 1066 (DAVID, 2002, p. 358). Daí porque é dito que a “common law” é anglo saxônica.

Logo, ao contrário da “civil law”, que chegou a proibir a interpretação das leis pelos magistrados, a “common law” vem aprimorando a interpretação judicial há séculos e, por isso, possui mecanismos que não podem ser desprezados pela “civil law” para gerar maior igualdade e segurança jurídica, construindo o direito de forma racional a cada novo caso jurídico, um processo contínuo e perpétuo de aperfeiçoamento do sistema jurídico. Os principais mecanismos estão ligados ao instituto do precedente e a respectiva teoria da “ratio decidendi”.

Ocorre que, o substantivo *precedente* não deve ser confundido com *jurisprudência*, já que – como lembrado por Michelle Taruffo (2007, p. 87-89) –, existem duas grandes diferenças, a saber: a) quantitativa, pois o precedente versa sobre um caso particular, enquanto a jurisprudência implica a pluralidade de decisões; b) qualitativa, pois o precedente é melhor elaborado, já que estabelece uma regra a ser universalizada para casos futuros similares, enquanto a jurisprudência se satisfaz em interpretar regras jurídicas⁶. A utilização destes institutos como sinônimos pode desvirtuar a finalidade de um, ou de ambos, os institutos, dificultando o aperfeiçoamento do sistema jurídico.

⁵ Importante salientar que o sistema do “stare decisis” - que passou a ser usado na “common law” para obrigar o cumprimento dos precedentes -, possui exceções, como ocorre quando se demonstra que o caso examinado é diverso (“distinguishing”), ou se demonstra que o entendimento do precedente está superado (“overruling”).

⁶ José Rogério Cruz e Tucci adverte que o substantivo jurisprudência indica a atividade desenvolvida pelo tribunal para “dizer o direito”, além de que, no decorrer da história, já existiram outros inúmeros significados, ao expressar que: “Optamos deliberadamente pelo emprego da locução precedente judicial em substituição ao termo jurisprudência, de uso mais comum e nossa linguagem jurídica, por duas relevantes razões. Em primeiro lugar porque, enquanto hoje o substantivo jurisprudência indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister ‘ius dicere’, no âmbito da história do direito, ‘iurisprudentia’ tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica)”. (2004, p. 15).

Por outro lado, o conceito de precedente não é pacífico. Por exemplo, para Thomas da Rosa de Bustamante (2007, p. 300-301) consiste em qualquer decisão judicial prévia que um juiz se embasa para fundamentar o seu pronunciamento sobre um caso atual. Já, para Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 214), será a decisão judicial que elabora uma tese jurídica. Após trazer conceito parecido, Caio Márcio Gutterres Taranto (2010, p. 8) acrescenta que o precedente tem a função de atribuir racionalidade⁷.

Enfim, com apoio nestas definições, para o estudo, precedente será considerado como uma decisão prévia utilizada como paradigma à futuras decisões, que produz uma norma, por meio de uma tese jurídica, com a finalidade de atribuir racionalidade ao sistema. Vale ressaltar, ainda, a existência de duas teorias sobre a gênese dos precedentes. Uma é a teoria *declaratória*, que defende a existência de um direito (inclusive trazido pelos costumes) anterior ao precedente, de modo que o precedente apenas declara um direito que já existe. Um dos expoentes desta teoria é William Blackstone (1979). Outra é a teoria *constitutiva*, que defende a inexistência de um direito anterior ao precedente, de modo que o precedente cria o direito ("judge make law"). Esta corrente é defendida por Oliver Wendell Holmes (1982) e Roscoe Pound (1937). Esta teoria tem maior aceitação.

Os precedentes, apesar de configurarem fontes do direito, não estão acima da lei. Estão limitados ao quadro normativo imposto pelo legislativo, por isto é até mesmo uma forma de limitação à discricionariedade judicial. Porém, mesmo com a discricionariedade limitada, há a constituição, a criação do direito. Sempre haverá margem para a discricionariedade, se fosse possível extinguir toda a discricionariedade, poderiam substituir os julgadores por computadores de aplicação mecânica por simples subsunção.

Os precedentes não se situam acima da lei, mas são apenas interpretações dessa lei. É claro que existe a discussão entre as teorias declaratórias e constitutivas acerca da possibilidade do juiz criar o direito, mas de qualquer forma, ainda que ele possa, por decisão judicial, criar o direito, estará ele obviamente submisso à vontade do legislador se o "direito criado judicialmente" foi legislativo por quem de direito. (NOGUEIRA, p. 200, 2013)

⁷ Esta racionalidade é lembrada por Caio Márcio Gutterres Taranto - com apoio na doutrina de Geoffrey Marshall -, que adverte sobre a possibilidade de a terminologia precedente ser usado para outras aplicações. Como: "Primeiro, é, às vezes, utilizada sem promover consideração ou análise de um corpo de alegações relevantes de decisões anteriores. Em segundo lugar, 'precedente' pode ser utilizada como uma descrição de um resultado de uma dada decisão que é considerada por sua relevância. Por fim, leciona o Professor de Oxford que a terminologia pode ser usada para estabelecer uma regra abstrata que, para a decisão em um caso particular, é arguida para exemplificar ou ilustrar." (2010, p. 8).

O debate entre a teoria declaratória e a teoria constitutiva é de suma importância para a teoria jurídica, a fim de analisar a genealogia do direito, a gênese da regulamentação normativa das condutas humanas. A teoria declaratória entende que o direito preexiste à decisão judicial, esta apenas reconhece e atribui o dever de obediência, limitada às prescrições legislativas. Ao passo que, a teoria constitutiva, entende que a decisão judicial que determina a proveniência do direito, o direito não preexiste, só será considerado direito a partir da decisão judicial.

Nas duas teorias há a vinculação da decisão judicial, há a subordinação ao conhecimento produzido pela decisão, à atribuição de significado ao texto normativo e ao dever de observância.

Da teoria positivista [constitutiva] podemos extrair a afirmação – geralmente correta – de que os juízes têm determinado poder criativo ao interpretar e aplicar o Direito aos casos concretos; da teoria declaratória podemos derivar a tese de que, em um importante sentido, os juízes, quando aplicam o Direito a determinado caso concreto, estão vinculados pelo conteúdo das prescrições normativas que podem de modo geral ser derivadas do Direito e de sua sistematização racional. (BUSTAMANTE, 2012, p. 264-265)

A teoria que prevalece é a teoria constitutiva. Apesar de o precedente estar limitado ao quadro normativo do texto legislativo, este texto não possui significado por si, necessita de um discurso racional feito por meio de uma decisão judicial para atribuir significado ao texto normativo, ou seja, para “preencher” substancialmente o quadro. Portanto, o julgador não apenas declara algo que já existia, ele constitui, cria, o direito, mesmo tendo a discricionariedade limitada por esta moldura. O que preexiste é a moldura a ser preenchida, não o direito propriamente dito.

Uma vez definido no que consiste o precedente judicial e recorrido sobre sua relação com a criação do direito, verificar-se-á uma das principais regras sobre o instituto, isto é, a “ratio decidendi”. A “ratio decidendi” é um fragmento da decisão que irá servir de parâmetro para o julgador em casos futuros, a fim de analisar se os casos se assemelham, analisar os motivos determinantes para a decisão e, se for o caso, superar o argumento anterior, superar o produto da interpretação anterior para correção substancial da regulamentação jurídica.

Para que uma opinião tenha o peso de um precedente é necessário que ela tenha sido dada por um juiz e também que tenha sido necessária para a decisão de um caso particular, isto é, não pode ser *obiter dictum*. A *ratio decidendi* de uma decisão nos sistemas de *common law* é o que vai criar um precedente vinculante nas decisões seguintes e, portanto, se faz necessário descobri-la. (BARBOZA, 2014, p. 217)

Para localizar a “ratio decidendi” em uma decisão judicial, é necessário reconstruir subsuntivamente/silogisticamente a justificação racional, para verificar a relação entre as suas premissas e o resultado do julgamento a fim de verificar quais são os argumentos que sem eles não seria possível chegar naquele resultado do julgamento.

Tal reconstrução pressupõe, antes de tudo, uma ferramenta analítica para elucidar a estrutura das decisões judiciais e revelar todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação. Tal ferramenta analítica pode ser a enunciação formal dessas premissas normativas sob a forma de silogismos práticos, isto é, silogismos “cuja premissa maior e cuja conclusão não são enunciados que se assume exprimirem proposições apofânticas, mas enunciados que se assume exprimirem proposições *prescritivas*” [Chiassoni 1999:152]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 278)

Desse modo, o elemento da decisão que não influenciou no resultado do julgamento é chamado de “obter dictum” e não vinculará os demais julgamentos. Já a parte da decisão que foi decisiva para o resultado do julgamento será a “ratio decidendi”. Portanto, é possível a presença de mais de um argumento que interfira no resultado do julgamento, podendo conter “rationes decidendi”. “A dificuldade para determinar a *ratio decidendi* de um caso qualquer decorre, em minha opinião, da pressuposição de que há *apenas uma ratio* em cada caso julgado” (BUSTAMANTE, 2012, p. 270).

Entre as “rationes decidendi”, podem haver diferentes graus de vinculação, a chamada “força gravitacional”⁸ pode variar entre as “rationes”.

Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*. (BUSTAMANTE, 2012, p. 259)

A “obter dictum” – o elemento não vinculante de um precedente judicial – é verificada na justificação da decisão por exclusão, ou seja, aqueles argumentos que não são considerados “ratio decidendi”, não influenciam o resultado do julgamento⁹, são considerados “obter dictum”, por isso “dito para morrer”.

De modo geral, o conceito de *dictum* é definido *per exclusionem*: todas as normas

⁸ Sobre a “força gravitacional do precedente judicial” ver Bustamante (2012, p. 302).

⁹ “o *obter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”. (STRECK, 2013-b, p. 44)

e afirmações que não puderem ser enquadradas no conceito estrito de *ratio decidendi* têm sua autoridade descartada e valem apenas pela força de convencimento que eventualmente possam vir a ter [Marshall 1997:515; Taruffo 1994:420]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 276)

Portanto, a análise da “ratio decidendi” é de extrema importância para a teoria jurídica, pois é o elemento que irá construir o direito de forma racional, bem como o entendimento jurisprudencial, e impor o conhecimento a ser seguido a fim de gerar coerência, previsibilidade, integridade, segurança e estabilidade de entendimento no sistema jurídico.

No entanto, conforme aponta Marcelo Alves Dias de Souza (2013, p. 125-133), existem algumas teorias para localizar a “ratio decidendi” da decisão, tais como: pela teoria de Eugene Wambaugh (conhecida como teoria clássica), a “ratio decidendi” será a proposição necessária para uma decisão; pela teoria de Herman Oliphant, a “ratio decidendi” serão os fatos existentes nos autos que estimularam a resposta do tribunal, devendo ser ignorado o trabalho mental usado, na decisão, pelo juiz e; pela teoria de Arthur Goodhart, a “ratio decidendi” consiste nos fatos que o juiz considerou como fundamentais (“material facts”) para a sua decisão. Assim, o primeiro passo seria a identificação dos fatos jurídicos relevantes e, a partir daí, se passa ao desenvolvimento das regras para esta busca¹⁰.

O problema da teoria de Herman Oliphant é que se mostra ilógica esta separação entre o trabalho mental do juiz e os fatos que estimularam a conclusão. Aliás, é difícil imaginar - para não dizer impossível -, que possa haver esta separação.

Já, para a teoria de Arthur Goodhart – que, grosso modo, procura aprimorar a teoria de Eugene Wambaugh –, a “ratio decidendi” pode ser conceituada como os fatos considerados pelo pronunciamento (antecedentes) que conduziram efetivamente ao resultado da decisão (consequente)¹¹. Por exemplo, a Súmula nº 701 do Supremo Tribunal Federal expressa que: “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em Processo Penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”.

¹⁰ Sobre estas regras, Marcelo Alves Dias de Souza expressa que: “Ao final, Goodhart resume as regras para se determinar a ‘ratio decidendi’ de um caso da seguinte forma: (1) O princípio de um caso não é encontrado nas razões dadas na *opinion*. (2) O princípio não é encontrado na regra de Direito apresentada na *opinion*. (3) O princípio não é necessariamente encontrado através de uma consideração de todos os fatos averiguados do caso e da decisão do juiz. (4) O princípio do caso é encontrado ao se levarem em conta (a) os fatos tratados pelo juiz como fundamentais, e (b) sua decisão como baseada neles. (5) Para encontrar o princípio, também, é necessário estabelecer quais fatos foram considerados não fundamentais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto da exclusão como da inclusão.” (2013, p. 133).

¹¹ Embora os limites desta pesquisa impeçam o aprofundamento sobre estas teorias, vale registrar que Arthur Goodhart chegou a argumentar que poderiam existir decisões em que a “ratio decidendi” não estaria nos fundamentos. (1930, p. 167).

Logo, para aplicar a teoria dos precedentes para casos futuros, deverão ser comparadas as semelhanças entre as situações de fato (“ratio decidendi”) que obrigarão ao resultado, ou seja, se o caso atual: a) versa sobre impetração de mandado de segurança; b) e, se o ato coator consiste em decisão judicial proferida em processo penal. Se ambos os fatos (antecedentes) ocorrerem, então deverá ser considerado o resultado (consequente), isto é, que haverá obrigação de citar o litisconsorte passivo¹².

A “ratio decidendi” não é utilizada apenas para a aplicação do precedente, mas também para a sua justificação, fazendo com que o precedente se vincule mais pela “ratio” do que pela sua autoridade (“autorictas”), diminuindo a discricionariedade judicial, evitando a arbitrariedade judicial e a decisão solipsista. Instituto este que deve ser transportado e adaptado à realidade brasileira para viabilizar o aperfeiçoamento das decisões e da construção racional da regulamentação jurídica.

3 CONSTRUÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

A cultura da “civil law” sofreu forte influência da revolução francesa, que buscou preservar a igualdade e segurança jurídica, por meio da proibição de que o juiz interpretasse a lei, sendo permitido, apenas, que declarasse a vontade do legislador.

Os franceses tinham receio de que os juízes, por serem originários da nobreza, poderiam decidir com parcialidade, uma vez que a revolução francesa consistiu em uma revolução da burguesia para substituir o poder da nobreza. Daí, porque Charles de Secondat Montesquieu defendia que os juízes eram apenas a boca da lei (“bouche de la loi”), de modo que, ao aplicarem a lei: “não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (MONTESQUIEU, 1979, p. 160). Portanto, a aplicação se dava de forma puramente mecânica. De modo que, se o juiz necessitasse interpretar a lei, deveria pedir para que o Legislativo fizesse previamente esta interpretação, portanto o poder do direito estava na mão dos burgueses e não dos juízes que pertenciam à nobreza, mas de qualquer forma o povo

¹² Guardadas as devidas proporções, Hans Kelsen bem salienta a recriação do direito por meio desta relação entre antecedente e consequente, ao expressar: “Para individualizar a norma geral por ele aplicada, o tribunal tem de verificar se, no caso que se lhe apresenta, existem ‘in concreto’ os pressupostos de uma consequência do ilícito determinados ‘in abstracto’ por uma norma geral. Esta determinação do fato que condiciona as consequências do ilícito implica a determinação da norma geral a aplicar, isto é, a averiguação de que está em vigor uma norma geral que liga uma sanção ao fato (ou situação de fato) em apreço.” (2009, p. 263-264).

estava excluído da participação ativa da produção jurídica, sendo apenas os submissos às vontades impostas pela nobreza antes da revolução e da burguesia após a revolução em 1789.

Em outras palavras, a “civil law” partiu da premissa de que as situações tipificadas pelas leis – além de refletirem todos os ideais de justiça e moral (burgueses) – seriam suficientes para prever a solução de todos os conflitos que possam acontecer em nosso cotidiano (DAVID, 2002, p. 23), isto é, que o sistema teria coerência e completude, sem lacunas ou conflito entre as normas e que todos os casos seriam solucionados a partir dos ideais e da moral da burguesia. Dessa forma, a aplicação da lei pelo juiz, sem interpretá-la, implicaria a isonomia e segurança jurídica dos jurisdicionados¹³, não haveria a interferência da ideologia dos juízes-nobres na aplicação da lei.

No Brasil, embora a nossa Constituição Federal ainda mantenha a necessidade de obediência à lei¹⁴, é sabido que este critério da “civil law” tem sofrido grandes mitigações¹⁵, levando o juiz a interpretar a lei, a preencher de forma substantiva o quadro interpretativo. Mas aí é que surge o problema da falta de limites para esta interpretação, que tem levado às inúmeras decisões conflitantes para casos similares, deixando os jurisdicionados à mercê da vontade da consciência solipsista do julgador, e, por conseguinte, ofendendo a isonomia e segurança jurídica.

Logo, atualmente, o juiz brasileiro tem mais poder/liberdade do que o juiz da “common law”, já que pode interpretar a lei e não está limitado pelos precedentes, podendo a cada novo caso decidir sem qualquer parâmetro em decisões anteriores. Emerge daí a importância de que a decisão judicial demonstre claramente as premissas que levaram ao resultado, de modo semelhante à “ratio decidendi” na “common law”¹⁶.

¹³ Como ressalta Thomas da Rosa de Bustamante, na França, este método de aplicação do direito é conhecido como *phrase unique*, que é resultado de uma forte influência do positivismo formalista, da escola da Exegese, que pretendia “reduzir o direito à lei” (2012, pág. 20).

¹⁴ Nestes sistemas, os códigos representam uma evolução, pois têm o escopo de facilitar a aplicação da lei, ao separá-las geograficamente pelas matérias que regulamentam. Por exemplo, a Constituição Federal Brasileira adverte que a fonte primária de nosso direito seria a lei, conforme expresso, principalmente, no *art. 5º, inc. II, da CF*, ao expressar que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (...)”

¹⁵ Este critério da “civil law” foi superado pela filosofia da linguagem, quando o paradigma da essência foi superado pelo paradigma da consciência, devido a concepção kantiana e, mais atualmente, com o giro linguístico formulado por Martin Heidegger.

¹⁶ Para que a decisão judicial tenha limites e seja legitimada, o que deve ser feito de forma discursivo-argumentativo e, portanto, racional.

O ordenamento jurídico brasileiro, concebido a partir da “civil law”, vem demonstrando simpatia crescente pelas tentativas de uniformizações e consequente aperfeiçoamento racional do direito sobre determinados temas proferidos pelo judiciário.

Em interessante retrospecto histórico, Caio Márcio Guterres Taranto (2010, p. 23) aponta as quatro principais fases históricas que marcam este processo gradativo de aumento das uniformizações do entendimento jurisprudencial. A 1ª fase ocorreu entre os anos de 1500 e 1889, tendo sido norteadas pela influência do Direito Português, uma vez que, no período do Brasil-Colônia, a Lei 2.684/1875 validou os assentos da Casa de Suplicações de Portugal (ALMEIDA; LOBÃO, 1885, p. 97), para também serem aplicados no território brasileiro, inclusive quanto à sanção funcional imposta ao juiz que deixasse de aplicar os referidos assentos.

Um aspecto interessante era a possibilidade de o judiciário ser retaliado, pois o inciso VIII do art. 15 da Constituição de 1824¹⁷ dava competência, em último grau, ao legislativo para interpretar as leis (e não ao judiciário), como é próprio da “civil law”, além de que – grosso modo –, as decisões do legislativo não poderiam ser impugnadas, porque inexistia controle de constitucionalidade para as mesmas.

Mas, não pode ser esquecido que este aparente poder do legislativo foi mitigado pelo poder moderador atribuído ao Imperador, que tinha meios para massacrar os demais poderes, inclusive podendo dissolver ou substituir a Câmara dos Deputados, bem como suspender magistrados (Constituição de 1824, art. 101¹⁸). A propósito, esta fase tem forte marca da “civil law” no tocante ao enfraquecimento do judiciário, por meio da impossibilidade de o juiz interpretar leis.

A 2ª fase se deu entre os anos de 1891 e 1963, tendo sido pautada pela pré-objetivação das decisões judiciais relativas ao controle de constitucionalidade pela via difusa, que passaram a ser normas no sentido de terem validade para todos os jurisdicionados (“erga

¹⁷ Constituição de 1824, Art. 15: “É da atribuição da Assembléa Geral. (...) VIII. Fazer Leis, interpreta-las, suspende-las, e revoga-las.”

¹⁸ Constituição de 1824, Art. 101: “O Imperador exerce o Poder Moderador I. Nomeando os Senadores, na forma do Art. 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.”.

omnes”), indo além das partes que litigam no processo. Basicamente, esta fase foi iniciada pela Constituição da República de 1891 que – inspirada no modelo estadunidense –, trouxe o controle de constitucionalidade difuso (“judicial review”)¹⁹, mas deixou de atribuir às respectivas decisões judiciais o necessário efeito vinculante.

Em paralelo, este esboço de força normativa destas decisões inerentes ao controle de constitucionalidade sofreu um duro golpe, pois a lei passou a ter exclusividade como fonte do direito, bem como foi permitido que cada Estado legislasse sobre processo. Esta diversidade de legislações processuais civis, como não poderia deixar de ser, gerou grande gama de decisões judiciais contrárias sobre a mesma questão, ampliando a insegurança jurídica e a ofensa à isonomia dos jurisdicionados.

No intuito de restaurar a força de alguns pronunciamentos judiciais, a Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926 atribuiu a função uniformizadora ao Supremo Tribunal Federal, ao inserir o inc. II do art. 59 da Constituição Federal de 1891²⁰. Entretanto, a Constituição de 1937 reduziu o alcance do controle de constitucionalidade difuso, ao permitir que a invalidade pudesse ser revista pelo parlamento, mediante remessa do Presidente²¹. Mas, esta mesma Constituição de 1937 também restaurou a competência da União para legislar sobre processo, acabando com a parafernália gerada pela diversidade de Códigos Processuais Estaduais e criando a figura do *prejulgado* (CPC/39, art. 861)²².

O mencionado *prejulgado* era um incidente para se buscar pela uniformização, porém sem caráter vinculante no processo civil. Esta fase terminou no dia 13 de dezembro de 1963, quando foi inovado o modo de uniformização da jurisprudência, por meio da criação das primeiras súmulas.

19 Originário dos Estados Unidos da América, o controle difuso (“judicial review”) restringe às partes, o alcance da decisão proferida no processo de modo que afeta apenas obrigação discutida nos autos. Ao contrário, pelo controle concentrado (modelo originário da Europa), a decisão proferida nos autos alcança a norma (e não apenas a obrigação), valendo para todos (e não apenas para as partes).

20 Constituição de 1891, Art. 59: “(...) II: “julgar, em grão de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais;”

21 Constituição de 1937, Art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

22 Código de Processo Civil de 1939, Art. 861: “A requerimento de qualquer de seus juizes, a Câmara, ou turma julgadora, poderá promover o pronunciamento prévio das Câmaras reunidas sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, se reconhecer que sobre ela ocorre, ou poderá ocorrer, divergência de interpretação entre Câmaras ou turmas.”

Por sua vez, a 3ª fase foi estabelecida entre os anos de 1963 a 1988, tendo sido pautada pela objetivação de decisões judiciais que – em algumas situações –, deixaram de ser aplicados apenas aos casos concretos, para abranger a todos. O início desta fase se deu pela introdução do controle de constitucionalidade concentrado em nosso país, por meio da Emenda Constitucional 16, de 26 de novembro de 1965, que passou a conviver ao lado do controle difuso, que já existia. Daí para frente, o modelo de controle de constitucionalidade concentrado passou a ser ampliado.

Em paralelo, o incidente de uniformização continua até os dias atuais, conforme previsto no art. 479 do CPC/73²³. Atualmente a força vinculante das decisões judiciais vivencia a 4ª fase, iniciada em 1988, que passa a reconhecer a condição normativa dos princípios, inclusive, para superar dogmas tradicionais, como permitir que o judiciário atue no caso de omissões do legislador ou do executivo (ativismo judicial²⁴).

Feito este breve retrospecto histórico, podem ser apontadas algumas situações atuais em que o legislador busca pela força normativa dos precedentes, tais como: a lei 8.038/90 (lei dos recursos), por meio do art. 38²⁵ – no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – outorgou poderes ao relator para negar seguimento a recurso manifestamente contrário à súmula. Aliás, posteriormente, esse entendimento foi ampliado para os demais recursos, por meio do art. 557 do CPC/73, com redação das leis 9.139/1995 e 9.756/1998; a Emenda Constitucional nº 03/1993, alterou a CF/1988, para instituir o efeito vinculante às decisões definitivas de mérito, proferidas na ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º²⁶), no âmbito do Supremo Tribunal Federal; a Emenda Constitucional nº 45/2004, instituiu a súmula vinculante (CF, art. 103-A); a Lei 11.276/2006 inseriu o § 1º no art. 518 do CPC/73, para que o juiz não receba o recurso de apelação quando a sentença estiver embasada em súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal

23 Código de Processo Civil de 1973, Art. 479: “O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.”

24 No Brasil, o ativismo é muito usado, por exemplo, para obrigar o poder público a cumprir a sua obrigação de entregar remédios vitais para o cidadão.

25 Lei 8.038/90, Art. 38: “O Relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidirá o pedido ou o recurso que haja perdido seu objeto, bem como negará seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, Súmula do respectivo Tribunal.”

26 CF/88, Art. 102. (...) § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

de Justiça; a Lei 11.672/2008 inseriu os arts. 543-B e 543-C, ambos do CPC/73, que permitem o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, quando versarem sobre questão de direito que exista multiplicidade de recursos, de modo que a decisão adotada nos recursos selecionados será aplicada aos demais que versarem sobre a mesma questão e; o novo CPC, Lei 13,105/2015, possui tipificação para algumas situações de respeito da observância da “ratio decidendi”, como a obrigatoriedade de a sentença, interlocutória ou acórdão que invocar “precedente” ou “súmula” venha a identificar a semelhança dos fundamentos determinantes do resultado, com o caso que está sendo apreciado (art. 489, § 1º, incs. V e VI).

Certamente a falta de efeito vinculante é a maior diferença entre a súmula *persuasiva* – também conhecida como súmula *simples* (NERY JUNIOR, 2006, p. 747) – e a súmula *vinculante*, como defendem Rodolfo de Camargo Mancuso (2007, p. 374) e José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 12). Porém, gradativamente, o legislador tem ampliado (potencializado) os efeitos da súmula persuasiva, que pode ser usada como fundamento, inclusive, para o relator, isoladamente, negar provimento ao recurso (CPC, art. 932, IV, “a”) ou mesmo dar provimento (CPC, art. 932, V, “a”).

Outra diferença é que as súmulas persuasivas podem ser editadas por qualquer tribunal, enquanto as vinculantes competem apenas ao Supremo Tribunal Federal. O rito de criação da súmula vinculante está previsto no art. 103-A da CF, que foi regulamentado pela Lei 11.417/2006. Porém, o objeto da súmula vinculante é limitado, já que apenas poderá ser criada quando houver matéria de natureza constitucional, que tenha sido objeto de reiteradas decisões (CF, art. 103-A, “caput”)²⁷.

De outro lado, a aprovação da súmula vinculante depende do voto da maioria qualificada²⁸ de 2/3 dos seus membros. Desta forma, existindo onze ministros no Supremo

²⁷ CF/88, 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.”

²⁸ Relevante registrar que o legislador adotou o sistema mais rigoroso da maioria qualificada de 2/3 para a súmula vinculante e, por conseguinte, continuou a maioria absoluta para as demais súmulas (não vinculantes). A diferença entre as três formas de auferir o quorum, a saber: a) Maioria simples é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos presentes. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria simples será 4 votos; b) Maioria absoluta é auferida pelo primeiro número inteiro acima da metade dos membros (e não dos presentes) do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, e apenas 7 comparecem, a maioria absoluta será 6 votos; c) Maioria qualificada é auferida pelo primeiro número inteiro acima da fração indicada

Tribunal Federal, é necessário o mínimo de oito votos para a sua aprovação (CF, art. 103-A, “caput”). Em paralelo, a súmula vinculante também possui penalidades para o seu descumprimento, tais como: o interessado poderá interpor reclamação diretamente ao Supremo Tribunal Federal para postular pelo descumprimento da súmula e, conseqüentemente, para cassar/anular o ato (Constituição Federal, art. 103-A, § 3º)²⁹ e; o infrator da súmula será responsabilizado nas esferas civil, administrativa e penal (Lei 9.784/99, art. 64-B)³⁰.

De fato, de nada adiantaria o efeito vinculante se não houvesse uma forma de coerção à autoridade decisionista. No entanto – e até mesmo para que seja facilitada a sua interpretação e conseqüente função uniformizadora –, é imprescindível que a súmula vinculante traga, de modo claro e exaustivo, as situações (antecedentes) que devem estar presentes para incidir o resultado (conseqüente). Além do que, em todo ato de aplicação da súmula seja fundamentada de forma extensiva e minuciosa a fim de justificar sua aplicação ou não, observando o caso em análise e os casos que deram origem à súmula, sem falar que todo ato de solução dos conflitos deve se preocupar com a garantia de direitos ao povo e não a imposição de uma ideologia/moral de uma classe dominante como antes e depois da revolução francesa. Assim, analisar-se-á a súmula vinculante nº 11 para verificar como deve ser sua efetiva aplicação.

4 SÚMULA VINCULANTE 11

Para uma melhor exposição serão trazidos, separadamente, os aspectos relacionados ao tema como: conceitos utilizados, aplicabilidade e “ratio decidendi” da súmula vinculante 11. Basicamente, os fundamentos jurídicos mencionados para justificar a súmula vinculante 11, trazidos ao debate para sua aprovação, podem ser catalogados, conforme segue:

(geralmente é de 2/3), dos membros do respectivo órgão. Logo se existem 11 ministros, a maioria qualificada de 2/3 será 8 votos.

²⁹ CF/88, Art. 103-A, § 3º: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

³⁰ Lei 9.784/99, Art. 64-B: “Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

- a) respeito a dignidade humana (CF/88, art. 1º)³¹;
- b) respeito a integridade física e moral do preso (CF/88, art. 5º, XLIX)³²;
- c) abuso de autoridade³³.

Verifica-se, desde logo, que são todos fundamentos genéricos, nítidos exemplos do que Hart denomina de “textura aberta da linguagem”. Podendo ser utilizados como “álibis argumentativos”, ou seja, fundamentos que abrangem inúmeras possibilidades de entendimento, legitimando diversas atribuições de significados. São fundamentos utilizados como álibis para justificar institucionalmente a violência e com a roupagem de um Estado tido como Democrático e de Direito, o que não deve ocorrer, mas a sua utilização para assegurar a dignidade do sujeito de direito que sofre o peso do processo.

Utilizando-se dos “álibis persuasivos”, o julgador pode decidir praticamente de forma livre, a fundamentação é secundária. Primeiro ele decide, depois busca um “princípio” para fundamentar, ou seja, é um caráter finalístico e esta prática implica em uma ampla discricionariedade e a consequente nulidade da decisão.

A atribuição de sentido dentro do quadro semântico não é mais um mero ato de escolha, conforme já sustentava Kelsen no famoso capítulo VIII de sua obra Teoria Pura do Direito. O julgador deve justificar racionalmente sua atribuição de sentido, e com a técnica dos precedentes judiciais o julgador além de justificar sua atribuição de sentido, se houver uma decisão anterior contrária em um caso semelhante, deve ainda superar de forma argumentativa o entendimento anterior (técnica do “*overruling*”).

³¹ Consta na ata de debate de aprovação da Súmula Vinculante 11, que o ministro Marco Aurélio expressou: “Mencionei, Presidente, como referências, em primeiro lugar, o diploma primário, o diploma básico - a Constituição Federal -, aludindo ao artigo 1º, que versa os fundamentos da República e revela, entre esses, o respeito à dignidade humana.”

³² Consta na ata de debate de aprovação da Súmula Vinculante 11, que o ministro Marco Aurélio expressou: “Também fiz alusão, sob o ângulo constitucional, a outra garantia: a garantia dos cidadãos em geral, dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no Brasil com respeito à integridade física e moral. Em última análise, mencionei o inciso XLIX do artigo 5º a revelar que há de se respeitar a integridade física e moral do preso. Lastimavelmente, no Brasil, considerados os danos, a responsabilidade civil, administrativa e até a penal ainda engatinham.”

³³ Consta na ata de debate de aprovação da Súmula Vinculante 11, que o ministro Marco Aurélio expressou: “Remeti, também, a preceito que torna claro que consubstancia tipo penal o abuso de autoridade. Mais do que isso: o Tribunal, tendo em conta o precedente a que me referi, assentou que o próprio Código de Processo Penal contém dispositivo que, interpretado, sob o ângulo teleológico, do objetivo da norma, conduz ao afastamento do uso abusivo das algemas. Também menciono como referência o Código de Processo Penal Militar, pedagógico a respeito da matéria. E, por último, há uma lei, que tem sido muito pouco acionada, coibindo, sob o ângulo da tripla responsabilidade - administrativa, cível e penal -, o abuso por parte da autoridade constituída.”

Nas decisões judiciais onde o julgador utiliza de álibis persuasivos é como se, ao formular a decisão, todos os códigos, livros doutrinários, peças processuais, precedentes, fossem revogados, desconsiderados, prevalecendo a consciência do julgador. O paradigma é o do livro *O Processo de Kafka*. Verificando a necessidade de uma adequada (coerente e íntegra) compreensão da súmula para sua aplicação legítima, que deve ser em casos excepcionais em nítido caso de institucionalização da jurisdição de exceção onde permite o uso da algema no sujeito de direito.

Trazidos estes fundamentos jurídicos, na sequência, serão expostos os julgados usados para preencher o pressuposto das prévias e “reiteradas decisões” sobre o tema, exigido para a confecção das súmulas vinculas (CF/88, art. 103-A).

4.1 HABEAS CORPUS 91.952

Esta foi a primeira decisão mencionada para embasar esta súmula vinculante e, este *habeas corpus*, foi julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 07/08/2008. Por sua vez, o ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na eventual nulidade de veredito condenatório gerada pelo fato de o réu permanecer algemado durante o transcorrer do julgamento pelo Tribunal do Júri³⁴.

A consequência adotada no julgamento foi reconhecer a nulidade do veredito condenatório. Por seu turno, os fundamentos usados para chegar a esta conclusão, podem ser relacionados, conforme segue abaixo:

- a) princípio da não culpabilidade³⁵;
- b) respeito a dignidade humana (CF/88, art. 1º)³⁶;

³⁴ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do voto expressando: “*Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredito dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito.*”

³⁵ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: “*Este habeas está voltado a infirmar esse ato, no ponto em que pretendida a nulidade do veredito popular em razão de o réu ter permanecido algemado durante todo o julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.*”

³⁶ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: “*Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.*”

c) as garantias constitucionais se preocupam em resguardar o preso, por meio de tratamento humanitário (CF/88, art. 5º, XLVIII; XLIX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVI)³⁷.

A partir das normas mencionadas, o voto interpretou que a manutenção das algemas, quando desnecessárias, conduziriam os jurados a falsa impressão de que o réu teria alta periculosidade, sugestionando o julgamento³⁸.

4.2 DECISÕES MENCIONADAS NO *HABEAS CORPUS* 91.952.

O *habeas corpus* mencionado no item anterior (HC 91.952) faz referência a outros *habeas corpus* que será examinado na sequência. O primeiro deles é o HC 71.195-2, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 25/10/1994. Por sua vez, o ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na eventual nulidade de veredicto condenatório gerada pelo fato de o réu permanecer algemado durante o transcorrer do julgamento pelo Tribunal do Júri³⁹. A *consequência* adotada no julgamento foi rejeitar a nulidade, para admitir o uso das algemas, por dois motivos, a saber: a) a medida era excepcional para garantir a segurança dos presentes; b) a defesa não se manifestou quanto ao uso das algemas.

Vale ressaltar que o voto possui apenas três parágrafos, sem qualquer construção de atribuição de significado, sem qualquer zelo às construções teóricas da hermenêutica. Além disso, sequer menciona expressamente qualquer artigo de lei ou norma constitucional, sendo patente a decisão de exceção, solipsista, sem qualquer legitimidade discursiva, apenas mera

³⁷ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: "*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.*"

³⁸ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 91952, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje-241 18.12.2008, com trecho do relatório do voto expressando: "*Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.*"

³⁹ Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, HC 71.195-2, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 04.08.1995, com trecho do voto expressando: "*Quanto ao tema da utilização de algemas durante o julgamento, foi a medida justificada à vista da necessidade de garantir segurança ao juiz presidente e ao promotor de justiça. Destaco, ainda, que não houve protesto, no momento oportuno, do advogado de defesa.*"

aplicação de uma vontade autoritária sem qualquer respeito ao sujeito de direito e seus direitos conquistados historicamente.

O segundo é o HC 89.429-1, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 22/08/2006. O ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na concessão de salvo-conduto para não ser algemado⁴⁰. A *consequência* adotada no julgamento foi expedir o salvo-conduto, para que não fosse colocado algemas no impetrante, salvo em caso de: “(...) *reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediatamente e motivadamente comunicado a esse Tribunal.*”⁴¹

Após interessante estudo histórico sobre o uso de algemas, no Brasil, e respectivas normas, o acórdão se embasa nos fundamentos, a saber: a) direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (CF/88, art. 5º, inc. III e Pacto de San José da Costa Rica; art. 5º, 2); b) direito a intimidade, imagem e honra (CF/88, art. 5º, inc. X); c) abuso de autoridade (Lei 4898/65, art. 4ª, “b”).

O terceiro é o HC 5.663, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no dia 19/08/1996. Por sua vez, o ato julgado nesse *habeas corpus* consistiu na decisão judicial que manteve o uso de algemas, sem explicitar as normas que justificariam esta conclusão, apenas limitando-se a expressar que a autoridade coatora não justificou a sua conduta⁴². A *consequência* adotada no julgamento foi conceder a ordem para afastar o uso das algemas, mas ressaltou que: “(...) se outros elementos surgirem, a ensejar a providência, nada impede que venha a ser adotada.(...)”⁴³

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 89.429-1, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02.02.2007, com trecho do relatório do voto expressando: “*Explica que “o paciente está encarcerado na superintendência da Polícia Federal em Brasília e será levado ao Superior Tribunal de Justiça amanhã (dia 08/08/2006) para ser ouvido pela em. Ministra Eliana Calmon, às 8 hrs. Faz-se, então, necessário seja expedido ordem à autoridade policial para que se abstenha de utilizar algemas no paciente por ocasião dessa sua transferência, bem como em qualquer outro procedimento.*”

⁴¹ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 89.429-1, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02.02.2007, com trecho do relatório do voto expressando: “*Então, pelo que assim exponho, concedo o habeas corpus, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar às autoridades tidas como coadoras que se abstenham de fazer uso de algemas no Paciente, a não ser em caso de reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediatamente e motivadamente comunicado a esse Tribunal.*”

⁴² Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, HC 5.663, Rel. Min. William Patterson, DJ 23.09.1996, com trecho do voto expressando: “*17 – A autoridade, em momento algum, indicou fatos autorizadores de sua abusiva deliberação (...).*”

⁴³ Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, HC 89.429-1, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 02.02.2007, com trecho do relatório do voto expressando: “*Então, pelo que assim exponho, concedo o habeas corpus, confirmando a liminar anteriormente deferida, para determinar às autoridades tidas como coadoras que se abstenham de fazer*

Este acórdão, basicamente, endossa o parecer do Ministério Público que, por sua vez, se embasa nos fundamentos, a saber: a) nulidade advinda da falta de motivação (CF/88, art. 93, inc. IX); b) juízo natural, devido processo legal e presunção de inocência (CF/88, art. 5º, incs. LIII, LIV e LV).

4.3 HABEAS CORPUS 56.465

Esta foi a segunda decisão mencionada para embasar esta súmula vinculante e, este *habeas corpus*, foi julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 05/09/1978. O ato julgado nesse *habeas corpus* 56.465 – em pleno Estado de Exceção devido à ditadura militar – consistiu em admitir o uso de algemas quando necessário para a ordem do trabalho, segurança das pessoas e evitar a fuga do preso⁴⁴.

A consequência adotada no julgamento foi afastar a inépcia da denúncia, quando o réu é algemado para: “(...) preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga dos presos.”⁴⁵ Contudo, o voto possui apenas três parágrafos, sem mencionar expressamente qualquer artigo de lei ou norma constitucional. Assim, o fundamento é a possibilidade do uso das algemas, excepcionalmente, para preservar a segurança e evitar fugas. Sendo flagrante o abuso de autoridade e a utilização de argumentos vagos para legitimar um ato opressor ao cidadão, neste caso a fundamentação da decisão é mero *pro forma*, apenas para manter a aparência de decisão legítima.

4.4 “RATIO DECIDENDI” DA SÚMULA VINCULANTE 11

Esclarecidos os julgamentos que lhe embassaram, passamos a contrastá-los com o texto da Súmula Vinculante nº 11, que expressa:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros,

uso de algemas no Paciente, a não ser em caso de reação violenta que venha a ser por ele adotada e que coloque em risco a sua segurança ou a de terceiros, e que, em qualquer situação, deverá ser imediatamente e motivadamente comunicado a esse Tribunal.”

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RHC 56.465, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 06.10.1978, p. 7785, com ementa expressando: Não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas por parte do acusado, durante a instrução criminal, se necessário a ordem dos trabalhos e a segurança testemunhas e como meio de prevenir a fuga do preso. Inépcia da denúncia não comprovada. RHC improvido.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 56.465, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 06.10.1978.

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

A *consequência* estabelecida por esta Súmula é admitir o uso excepcional das algemas, sob pena de responsabilidade do servidor (disciplinar, civil ou penal) e nulidade da prisão ou ato processual, além da possibilidade de responsabilizar civilmente o Estado. Contudo, segundo expresso no texto da própria Súmula, esta *consequência* apenas será aplicada (buscando uma analogia como a “ratio decidendi”), quando inexistirem os fundamentos determinantes (*antecedentes*), abaixo: “(...) 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 (...)”.

A redação causa dúvida, pois devem estar presentes a resistência E o receio de fuga ou perigo à integridade; ou a resistência e o receio de fuga OU perigo à integridade. Em outras palavras, o perigo à integridade, isoladamente, é suficiente para satisfazer esse requisito?

Diante do contexto dos pronunciamentos que embasaram a súmula, seria mais lógico que a redação deixasse claro que qualquer destas três possibilidades (resistência OU receio de fuga OU perigo à integridade), aliada à justificção escrita, justificaria o uso das algemas.

Ressalvado o aspecto acima, de fato, os fundamentos relativos ao receio de fuga e integridade das pessoas são trazidos no *habeas corpus* 56.465, usado como paradigma (letra “b” acima). Todavia, há um fundamento que não foi trazido expressamente no texto da Súmula, que é *assegurar a ordem dos trabalhos*. Aliás, o *habeas corpus* 71.195-2 (usado como paradigma do *habeas corpus* 91.952), também usa o fundamento da segurança (referindo-se ao juiz e ao promotor), assim como o *habeas corpus* 89.429-1, assim como o *habeas corpus* 5.663, fundamentam-se na reação violenta que coloque em risco a segurança de alguém.

No entanto, este fundamento da segurança, de certa forma, equivale à manutenção da *integridade física*, já que assegurar a ordem dos trabalhos preserva a integridade física de todos os envolvidos. Paralelamente, o julgamento realizado no *habeas corpus* 91.952, trouxe outro fundamento não trazido expressamente no texto da Súmula, que é a demonstração da periculosidade do preso. Contudo, este fundamento se materializa pela *justificação por escrito da excepcionalidade*, uma vez que será perigoso o preso que resiste, gera receio de fuga ou coloca a integridade física em risco. Por fim, o *habeas corpus* 5.663, sob o

fundamento, para justificar o uso excepcional das algemas, seria a mera indicação dos fatos que justifiquem o uso das mesmas.

Enfim, estes são os fundamentos que devem ser identificados no caso concreto, para a aplicação da referida súmula vinculante 11, obviamente em caráter excepcional e com a devida justificação em cada ato de aplicação, demonstrando de forma discursiva-argumentativa a presença de todos os requisitos minuciosa e extensivamente e não a utilização de justificativas como “com base na súmula vinculante nº 11, permito a utilização das algemas no indivíduo”.

Logo, apesar da redação desta Súmula, entendemos que o uso das algemas só é permitido na presença de um dos três pressupostos referidos neste item, desde que, com a devida justificação escrita e respeitado o princípio da não culpabilidade, o respeito a dignidade humana (CF/88, art. 1º) e as garantias constitucionais se preocupam em resguardar o preso, por meio de tratamento humanitário (CF/88, art. 5º, XLVIII; XLIX; LXI; LXII; LXIII; LXIV; LXV; LXVI).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema lançado nesta pesquisa consiste na busca por um critério mais próximo possível da realidade brasileira, para alcançar a “ratio decidendi” da Súmula Vinculante nº 11, a fim de aperfeiçoar as hipóteses e justificativas de sua aplicação. O Brasil teve a sua cultura jurídica embasada na “civil law” e, por isso, poderia ser imaginado que a fonte originária do direito sempre tenha sido a lei. Entretanto, a história mostra que, há muito, têm sido usados mecanismos que são próprios da “common law”. Aliás, vale ressaltar que o apego aos precedentes, levaria maior isonomia aos jurisdicionados, bem como contribuiria com a segurança jurídica advinda da maior previsibilidade das decisões judiciais.

Daí a importância de se buscar na cultura da “common law”, uma de suas regras, que é a busca pela “ratio decidendi”, ou seja, os fatos considerados pelo julgamento, que conduziram efetivamente ao resultado. Aplicando esta regra – e guardadas as devidas peculiaridades –, facilitaria muito se a Súmula Vinculante nº 11 trouxesse, mais claramente em seu corpo, todas as situações que devem estar presentes (antecedentes), para produzir o respectivo resultado (consequente).

Com essa ordem de ideias, é possível propor uma nova redação para a referida súmula: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência OU 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”.

Por fim, seria de boa técnica que a CF/88 fosse emendada para incluir um § 4º, no art. 103-B, contendo a obrigatoriedade de que a redação das súmulas vinculantes traga claramente todos os antecedentes (fundamentos determinantes) que devem estar presentes para produzir o resultado normatizado (consequente), para, desta forma, conter o caráter hipotético-condicional a fim de conferir maior objetividade ao Direito.

Toda construção do direito não pode se desvincular de sua aplicação, por melhor que seja a redação da súmula e o modo de elaboração de seu enunciado, deve-se se ater às condições necessárias para sua aplicação, devendo ter a cada decisão uma fundamentação coerente, íntegra, extensiva e minuciosa, resguardando os direitos dos cidadãos e preocupada com a construção racional do direito a fim de evitar arbitrariedades e opressão à sociedade por meio das decisões solipsistas, construindo, assim, um direito preocupado com a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Manuel; LOBÃO, Souza. *Segundas linhas sobre o processo civil*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1885.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Escrevendo um romance por meio dos precedentes judiciais: uma possibilidade de segurança jurídica para a jurisdição constitucional brasileira. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional I*, Belo Horizonte, a. 14, n. 56, p. 177-207, abr./jun. 2014-b.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Carlos Rodrigues, Márcio Pugliesi e Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1995.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. London: The University of Chicago Press, 1979. v. 1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. Precedent in Brazil. In: HONDIUS, Ewoud (Org.). *Precedent and the Law: Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Direito Constitucional Sistematizado*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

_____, Luís Henrique Barbante; SILVA, Nelson Finotti. *Direito Constitucional Sistematizado*. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

GOODHART, Arthur. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 40, n. 2, 1930.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia: o processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2.

HOLMES, Oliver Wendell. The common law – Lecture I. In: HOLMES, Oliver Wendell. *The common law & other writings*. Birmingham: The legal classics library, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1984. v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

POUND, Roscoe. What is the common law? *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 4, n. 2, 1937.

TALAMINI, Eduardo. Recorribilidade das decisões sobre tutela de urgência: a suposta discricionariedade; efeito suspensivo e ativo; recorribilidade das decisões do relator; antecipação de tutela e a apelação contra sentença final. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Orgs.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4. p. 267-298.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Precedente judicial: autoridade na jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista Precedente da Faculdade de Direitos e Ciências Sociais*, Colômbia, p. 87-89, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Editora Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; ABBoud, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013-b.