



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E JURISDIÇÃO

SUELY ALVES DE FREITAS

A SÚMULA VINCULANTE 11 E O PODER LEGIFERANTE DO STF

Brasília, março de 2013

SUELY ALVES DE FREITAS

A SÚMULA VINCULANTE 11 E O PODER LEGIFERANTE DO STF

Monografia apresentada com requisito parcial de conclusão do Curso de pós-graduação “Direito e Jurisdição”, promovido por ESMA. Desenvolvida com a orientação do Professor FÁBIO ESTEVES

Brasília, março de 2013

Filho meu, guarda as minhas palavras, e esconde dentro de ti os meus mandamentos. Guarda os meus mandamentos e vive; e a minha lei, como a menina dos teus olhos. Ata-os aos teus dedos, escreve-os na tábua do teu coração. Provérbios de Salomão
1v.8

À minha mãe, por me haver ensinado o valor do estudo e do trabalho.

AGRADECIMENTO

Agradeço a todos os professores ESMA, pelos conhecimentos transmitidos ao longo do ano de 2012.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1.1. INTRODUÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	10
1.1.1. O <i>stare decisis</i> norte-americano.....	10
1.1.2. A dinâmica e os efeitos da força do precedente no direito norte-americano.....	15
1.2. A CONSTRUÇÃO DA VINCULAÇÃO DO PRECEDENTE NO BRASIL.....	17
1.2.1. A súmula vinculante.....	21
1.2.2. Efeitos da súmula vinculante em outros institutos.....	25
1.2.3. Algumas críticas as súmulas vinculantes.....	27
2. A SÚMULA VINCULANTE 11.....	30
2.1. OS ANTECEDENTES (JULGADOS).....	31
2.2. O CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DA SÚMULA.....	34
3. A SÚMULA 11 E A FUNÇÃO LEGIFERANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	39
3.1. A SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO CONTRA MAJORITÁRIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.....	39
3.2. A APLICAÇÃO DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS - EFEITO JURÍDICO.....	42
3.2.1. Diferença entre princípios e regras.....	42
3.2.2. Diferença entre princípios e regras para <i>Dworkin</i>	43
3.2.3. Diferença entre princípios e regras para <i>Alexy</i>	43

3.2.4. Conflito entre regras jurídicas e princípios.....	44
3.2.5. Colisão entre direitos fundamentais.....	45
3.2.6. Colisão entre direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal....	46
3.3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O USO DE ALGEMAS.....	46
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado no trabalho de pesquisa é bastante vasto e complexo. Vasto, porque abrange todo o ordenamento jurídico, o qual tem suas bases no Direito Constitucional em face da supremacia da Constituição no escalonamento do sistema normativo brasileiro, como bem afirma Michel Temer, (Malheiros, 1997) “controlar a constitucionalidade de ato normativo significa impedir a subsistência da eficácia de norma contrária à Constituição...”. Para Paulo Bonavides, (Malheiros, 2010), o controle jurisdicional se adéqua melhor com a natureza constitucional rígida e com a garantia de liberdade humana, e com a guarda e proteção de alguns valores que para a sociedade livre são inabdicáveis. Sendo tal controle, a coluna de sustentação do Estado de direito, onde se alicerça no formalismo hierárquico das leis.

Complexo, porque além de envolver todo o sistema jurídico que dele se irradia, ao longo dos anos, com a evolução do direito constitucional, tanto no âmbito do direito comparado como no Brasil, as formas de controle dos atos normativos foram também sendo modificadas e aperfeiçoadas.

No entanto, em alguns aspectos, principalmente em relação aos efeitos das súmulas vinculante, restaram sérias dúvidas na doutrina, quanto àqueles produzidos no âmbito subjetivo com no objetivo. Questiona-se qual o limite do poder conferido ao judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro - STF, na criação das súmulas vinculantes. Se na edição da súmula 11 foi respeitado o princípio da separação de poderes, se houve invasão na esfera do poder legislativo.

Também, serão analisadas no trabalho de pesquisa, especificamente, a súmula 11 do STF, todas as nuances de sua criação, e o que observou ou não, no seu processo de edição. E se o princípio da dignidade da pessoa humana foi considerado nas suas discussões.

O objetivo, aqui, é confrontar os diversos posicionamentos doutrinários sobre a matéria, para que se possam ver os principais pontos polêmicos sobre as

matérias, as divergências, e as modificações nas formas de vinculação, tanto no sistema brasileiro como no norte-americano.

O trabalho se desenvolverá da seguinte forma, a princípio abrangerá a introdução do instituto da súmula vinculante no direito brasileiro, sua origem, seu objetivo, o sistema norte-americano e a sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em segunda etapa, o trabalho discute a súmula vinculante 11, os antecedentes, ou seja, os julgados que serviram de base para sua edição. Na terceira etapa, será analisada a súmula vinculante 11 e a função legiferante do STF, com foco nas questões que envolvem o princípio democrático da separação de poderes, os efeitos jurídicos da aplicação das regras e dos princípios e se foi considerado na edição da súmula vinculante 11, que trata do uso inadequado das algemas, o princípio da dignidade da pessoa humana ou teve outro enfoque.

Finalizando, a conclusão terá em vista as opiniões prevalecentes sobre a matéria e a constatação ou não de sua efetividade no sistema brasileiro atual.

1.1. INTRODUÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE NO DIREITO BRASILEIRO

A súmula vinculante é um instrumento criado no ordenamento jurídico brasileiro, através da Emenda Constitucional 45 de 2004, produzindo modificação no dispositivo constitucional que trata da competência do Supremo Tribunal Federal, e foi regulado através da Lei nº 11.417/2006.

A súmula vinculante, segundo TAVARES (método, 2009) é uma espécie de ponte de ligação entre decisões proferidas nos casos concretos e uma decisão sumulada. Assim a súmula vinculante está representada como uma forma de transposição do concreto para o abstrato-geral. Enfatiza que os detalhes do caso concreto apreciado seriam eliminados para a elaboração de um enunciado com efeito “*erga omnes*”, o que demonstra sua abstratividade. Nessa ótica, aqui se opera uma ponte entre o controle difuso-concreto e o controle abstrato-concentrado.

Já para KILDARE (Del Rey, 2012), “as súmulas são concisos enunciados que de maneira objetiva, explicitam a interpretação de tribunal superior a respeito de determinada matéria”.

Neste capítulo se verá a origem da súmula vinculante, tanto no modelo norte-americano, como a forma que foi construída no Brasil.

1.1.1. O *stare decisis* norte-americano

Dois são os grandes sistemas jurídicos ocidentais contemporâneos: o direito de tipo europeu-continental, de origem acentuadamente legislativa, e, de outro lado, o direito de tipo anglo-(norte)americano, do *Common law*, de origem judicial. FILIPPO (Revista Síntese nº 75) e MARINONI (RT, 2006).

Os dois sistemas baseiam-se em premissas diversas, trabalham com métodos diferentes e regem-se por regras diversas, de modo que a identificação do direito aplicável, o tipo de argumentação desenvolvido para sua aplicação e para o

arrazoamento jurídico em geral é radicalmente distinto. FILIPPO (Revista Síntese nº 75

O direito europeu-continental rege-se, em nível de racionalidade, por um *princípio dedutivo*, movendo-se do geral ao particular, através da subsunção dos fatos da vida às categorias e conceitos legais. Já o sistema anglo-americano rege-se por um *método de proceder indutivo*, extraindo-se as regras do agir dos casos anteriormente julgados. Ou seja, a regra é obtida por indução, buscando o jurista, a partir dos casos idênticos ou semelhantes anteriormente julgados, obter uma regra geral de conduta. Fillipo (Revista Síntese, nº 75).

No sistema do *Common law*, típico do Reino Unido e dos Estados Unidos o direito origina-se essencialmente da atividade judicante, sendo nela procuradas as regras. Ou seja, o direito encontra-se, essencialmente, no conjunto das decisões precedentes dos tribunais sobre determinado tema. FILIPPO (Revista Síntese nº 75)

Por tal característica, este sistema é conhecido, ainda, como *judge made law* ou *case law*, vale dizer, *direito de origem judicial* ou *direito dos casos*. E é por tal razão que as referências, em regra, são de *casos julgados* e não a dispositivos legais (p. ex., Madison vs. Marbury).

A própria pesquisa do direito aplicável a um caso concreto não se dá em códigos, inexistentes nos países do Common Law, ou coletâneas de legislação, mas com base em repositórios de decisões judiciais passadas. É dali que se extrairão as regras a serem aplicados aos casos presentes, são as decisões passadas que orientarão as decisões proferidas. Por suas características, do *case Law*, já se pode saber o modo de aplicação do direito neste sistema.

Os precedentes no modelo da “*common Law*” está centrado na primazia da decisão judicial (*Judge made Law*) sistema judicialista. Já na “*civil Law*”, o direito codificado está essencialmente baseado na lei, conforme explica TAVARES (Metodo, 2009). Também, se aproxima da súmula vinculante em razão de

circunstâncias comuns a ambos, que são: a preocupação exclusiva com casos concretos; necessidade de fazer surgir de decisões concretas, um direcionamento a ser adotado em outros casos similares.

Na *common law*, predomina o direito não legislado. Assim, o sistema costumeiro de edição de normas, cria órgãos para editar normas visando à previsibilidade e segurança no convívio social. O sistema da *common law*, tem peculiaridades em termos de formação, recrutamento e controle dos magistrados, desconhecidos e não utilizados no sistema da *civil law*. TAVARES (Metodo, 2009).

O sistema de “*common Law*”, teve sua origem na Inglaterra e se expandiu para vários outros países que outrora foram dominados pelo Reino Inglês, pois este sistema reflete o cotidiano dos Tribunais, com a construção de entendimentos jurisprudenciais, marcados pela influência cultural sobre os temas. Sua grande característica reside na aplicação de regras extraídas de julgamentos e outros casos iguais ou semelhantes, gerando estabilidade no sistema, diante da previsibilidade das decisões oriundas do Poder Judiciário. FILIPPO (Revista Síntese nº 75) e MARINONI (RT, 2006).

Em relação ao sistema norte-americano, Guido Soares, citado por Filippo, (Soares, 1999, p. 52), esclarece que se trata de um sistema misto, uma combinação entre *Common Law* e *Civil Law*, mas prepondera o sistema da *Common Law*.

Uma das diferenças entre os dois sistemas refere-se ao método usado para se chegar à regra de direito aplicável ao caso. Enquanto no *Civil Law*, o método é o dedutivo, ou seja, do geral para o particular, no *Common Law*, aplica-se o método indutivo, ou seja, do particular para o geral, no estudo e solução de casos concretos. Obtendo-se, de uma situação análoga, a regra que pretende subsumir a dada hipótese. (Filippo, RDC nº 75).

Em regra os paradigmas, são de casos decididos pela Suprema Corte Americana, que por meio de ato discricionário, admite os casos que serão por ela julgados, de acordo com a importância a eles atribuída no tocante à Nação no

sentido geral. Trata-se de algo parecido ao instituto da repercussão geral existente no sistema brasileiro.

A doutrina não tem papel importante e relevante, como no sistema brasileiro, para o sistema americano, ela tem papel secundário, pois a interpretação do sistema (*dictum*) encontra-se nos próprios fundamentos da decisão, cujo *holding (ratio decidendi)* tem força de lei. (MARINONI (RT, 2006).

Também, FILLIPO, enfatiza que no Estado Unidos da America, o Poder Legislativo também faz leis, que são hierarquicamente superiores às *judge-made laws* (precedentes de observância obrigatória), são aplicadas apenas nas lacunas dos precedentes. Assim, apesar de gozarem de primazia, elas são residuais, pois completaram as lacunas deixadas pela ausência de disposição no julgado. Comparando com o sistema brasileiro, a aplicação e ao contrário, a lei tem prioridade, e a jurisprudência e que será aplicada na lacuna da lei.

Outro traço distintivo entre os dois sistemas, é a diferença entre as teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico. No sistema americano, concebe-se que direitos são criados pelas decisões judiciais, não existindo diferença substancial entre direito material e direito processual. No sistema brasileiro, dualista, tratam-se de esferas bem definidas, sendo que o direito material estabelece, de forma abstrata, as normas gerais, regulando os fatos importante para a sociedade, e o direito processual viria concretizar os mandamentos legais. Dessa forma, no *Common Law* prevalece a ideia da teoria unitária. Portanto, em meio às leis emanadas pelo Legislativo, as quais veiculam preceitos abstratos e abertos, são produzidas outras leis, a partir do julgamento de casos concretos. Estas, sem desobedecer àquelas, vão integrar o sistema, conferindo a ele uma natureza especial. (Fillipo, RDC, nº 75).

Para a aplicação do direito neste sistema, é essencial a compreensão de sua principal regra estruturante, a do *stare decisis*.

Stare decisis é expressão *latina*, *stare decisis et non quieta movere*, cujo significado é, que não se deve alterar aquilo que já foi decidido, ou melhor, casos iguais devem ser decididos da mesma maneira. Ao pensamento jurídico típico do *case law* é inconcebível que casos iguais recebam soluções jurídicas diversas, excetuadas circunstâncias bastante específicas. (MARINONI (RT, 2006).

Assim, pela regra do *stare decisis*, deve-se buscar nos precedentes a solução dada aos litígios iguais ou assemelhados aos presentes para, daqueles extraíndo a regra de direito, aplicá-la a estes. É a chamada, regra do precedente vinculante (*binding precedent*).

A *stare decisis* pode ser distinguida entre *horizontal stare decisis* e *vertical stare decisis*. A primeira significa que o juiz ou tribunal encontra-se vinculado às suas próprias decisões anteriormente proferidas sobre dada matéria, dela não podendo afastar-se senão em casos excepcionais. (MARINONI (RT, 2006).

A segunda implica em vinculação do julgador aos precedentes oriundos de jurisdições superiores. Assim os órgãos inferiores da justiça encontram-se jungidos às decisões proferidas pelos órgãos superiores na mesma matéria.

Vê-se, portanto, a nítida analogia que se estabelece entre a *vertical stare decisis* e a *súmula vinculante*, ora em estudo.

Também, há que se falar na *Ratio decidendi* ou *holding* e *obiter dictum* fazem parte das *reasons*, isto é, das manifestações dos órgãos judicantes no julgamento. *Ratio decidendi* ou *holding* é o próprio fundamento da decisão judicial, compreendido como os argumentos de direito expendidos pelo julgador como necessários para a tomada da decisão quanto ao caso concreto. Dois são os elementos identificadores, portanto: são razões de direito e apenas aquelas necessárias à decisão do caso particular. (Fillipo, RDC, nº 75) e (MARINONI (RT, 2006).

É a *ratio decidendi* que vincula o julgador pela vertical e horizontal stare decisis. O essencial da *ratio decidendi* ou *holding* são os princípios de direito positivo aplicáveis ao caso *sub judice*. Somente pronunciamento de direito necessário à decisão de um caso particular constituem a *ratio decidendi*.

A rigor não são exatamente *as decisões* que são vinculantes, mas *o princípio* ou *os princípios ou regras de direito* nela desenvolvidos. Isto é essencial na correta compreensão da súmula vinculante em nosso ordenamento. (Fillipo, RDC, nº 75).

Essencial à compreensão do conceito de *ratio decidendi* ou *holding* é a categoria contraposta dos *obiter dictum*. No gênero das *reasons* encontra-se, para além da *ratio decidendi/holding*, os *obiter dictum*. Por oposição, sendo a *ratio decidendi* ou *holding* dos princípios de direito indispensáveis para a decisão do caso concreto, o *obiter dictum* consiste de declarações prescindíveis, de fato ou de direito, expendidas pelo julgador a título explicativo, exemplificativo ou explanatório. *Obiter dictum* significa *dito incidentalmente*. O critério distintivo entre a matéria de direito que constitui a *ratio decidendi* ou *holding*, vinculante, está nos fatos sobre os quais se assenta a sentença. O que tiver direta relação com estes é *ratio decidendi* ou *holding*, possuindo efeito vinculante ("binding element"), caso contrário, é *obiter dictum*, sem efeito vinculante. (MARINONI (RT, 2006).

A confrontação do *suporte fático* do caso que originou com os precedentes aplicáveis ao caso atual em julgamento permite, pela técnica das distinções, a constatação da semelhança ou não do caso a ser decidido com os precedentes vinculantes que se pretende aplicar.

Isso se deve ao fato de que, a *ratio decidendi* ou *holding*, da qual se extraem as regras de direito aplicáveis ao caso *sub judice* se prender aos fatos materiais do precedente. E somente é possível constatar a identidade ou diferença dos casos anteriormente julgados, de seus fatos materiais passados, para com o caso a ser decidido indo aos repositórios dos julgados e estudando, todas as circunstâncias

fáticas e jurídicas que os aproximem ou afastem, que os identifiquem/assemelhem ou os façam distinguir-se.

1.1.2. A dinâmica e os efeitos da força do precedente no direito norte-americano

Para Peter J. Messitte (Revista do TST, vol. 64, 2001, pg. 92/97), no sistema norte-americano as leis têm precedência sobre os precedentes jurisprudenciais. À exceção dos casos constitucionais, as leis posteriores sempre podem alterar os precedentes. E dever do magistrado como o é para os brasileiros decidir casos concretos.

O precedente é um “*case Law*”, ou seja, é uma jurisprudência, trata-se de um direito que vem dos casos nos quais a constituição americana é interpretada, as leis ordinárias ou os costumes. Em sentido amplo, “precedente significa que a decisão de um tribunal de instância superior, tratando-se de Cortes situadas em uma mesma linha hierárquica, vinculará o tribunal de instâncias inferiores em casos similares” (Messitte, Revista TST, v.64).

Assim, os tribunais inferiores estão vinculados aos superiores da mesma linha hierárquica, não se vincula a decisão de um tribunal de instância superior de outra hierarquia. Mas as decisões da suprema Corte norte-americana, nas questões de natureza constitucional vincularão todos os tribunais, tanto em nível federal como estadual.

No sistema americano, só tem força vinculante a parte principal da sentença, o princípio legal que foi necessário para decidir a questão. O princípio vinculante do caso prévio ou dos casos prévios é chamado de “*ratio decidendo*”. Assim, um julgamento pode não produzir “*ratio*” útil quando o ponto for único ou se a base dos fatos for peculiar. Também, pode ocorrer quando o processo anterior for reportado

de forma incompleta, tornando impossível identificar em que bases a lide foi decidida.

Os casos judiciais são catalogados de acordo com a matéria. A tarefa dos advogados e dos juízes é determinar se há um precedente para o caso e se este possui força vinculante.

A regra do “*stare decises*”, significa, literalmente “permita que a decisão mantenha-se”, (MARINONI (RT, 2006). e é o mesmo que a doutrina de precedente, é mais uma questão de técnica.

Espera-se que os tribunais sigam as sentenças emitidas em processos anteriores ao caso em tela. No sistema sob a regra liberal dos precedentes, sistema americano, em certas circunstâncias, os precedentes nem sempre são seguidos.

Na maioria dos casos, segundo informa Dr. Messitte, o precedente desde logo é respeitado. Mas só é adotado se os fatos do caso subsequente são considerados parecidos com aquele do caso anterior “o corolário lógico originário da decisão anterior resolve o caso subsequente”. Também, o tribunal, principalmente a suprema Corte, pode explicitamente anular ou rejeitar o precedente.

Hoje, entende-se que o juiz sob o sistema do “*common Law*”, quando decide um caso e aplica, estende ou restringe o precedente, está na verdade produzindo leis, mas seu poder de legislar é restrito, na verdade preenche lacuna, (Messitte, Revista TST, v.64).

As características e vantagens do sistema americano na ótica de Messitte, são:

“a aplicação da mesma regra em casos análogos e subsequentes resulta em igualdade no tratamento de todos os que buscam justiça; saber que o caso subsequente será decidido de maneira equivalente a um caso anterior, contribui para a antecipação e visualização prévia de resultado e resolve muito do possível futuro litígio; o uso do critério estabelecido para a solução dos casos economiza tempo e energia; a aderência às decisões anteriores demonstra um respeito bastante apropriado à sabedoria e experiência dos advogados e juízes que vieram primeiro.”

1.2. A CONSTRUÇÃO DA VINCULAÇÃO DO PRECEDENTE NO BRASIL

A doutrina pátria reconhece que no Brasil há uma predileção pelo Direito sumular que se volta, ainda, ao período Colonial.

Para VASQUEZ, citado por Kildare (Del Rey, 2012), o estudo da jurisprudência vinculante, presente tanto no plano internacional como nacional, passa pelo progresso do direito, pela chamada “crise da justiça”, que passam todos os países, cujos problemas são agravados pelo mundo contemporâneo. Enfatiza, que o direito, principalmente no campo do processo civil e na esfera do judiciário nunca alcançou uma evolução tão grande, a qual se iniciou com a Revolução Francesa

Só a partir do século XVIII e que o judiciário passa a ser reconhecido como poder. Hoje a sociedade está a conferir-lhe poder político, seja no equilíbrio entre os poderes, que na segurança que empresta à economia e às relações jurídicas, que na efetivação das garantias constitucionais.

Apesar das evoluções o judiciário encontra-se longe de satisfazer as exigências do mundo de hoje. O que mais marca esta realidade, segundo VASQUES, e a insatisfação contra a morosidade. Principalmente dos Tribunais Superiores com grande volume de processos para serem julgado. Assim, o judiciário não corresponde aos anseios da sociedade. É nesse ambiente de carências do judiciário que surge a súmula vinculante.

Com a criação do STJ através da Constituição Federal de 1988, o STF ficou com o controle da constitucionalidade, com fundamento que a Corte encontra-se em crise, haja vista o grande número de recursos que recebia que por motivos jurisprudenciais e regimentais não eram apreciados. Mas, hoje o STJ possui o problema de sobrecarga de processo então afetos ao STF.

Também, a grande maioria dos processos em trâmite, pertencem a área federal, posto que o Poder Público, identificado pelo Executivo, e o maior

destinatário das demandas judiciais, sendo responsável pela lentidão da máquina judiciária.

A súmula de jurisprudência predominante, sua persuasiva e seu efeito vinculante, segundo o Ministro do STF Victor Nunes Leal, citado por KILDARE (Del Rey, 2012), teve início em 1963, o que veio a denominar de súmula da jurisprudência dominante. Para ele a súmula buscava “o ideal do meio termo”, quanto à estabilidade da jurisprudência, ficando entre a dureza implacável dos antigos assentos da Casa de Suplicação (assim se chamava o que conhecemos hoje como STF), para a inteligência geral e perpetua da lei, e virtual inoperância dos prejudgados. É um instrumento flexível, que simplifica o trabalho da justiça em todos os graus, mas evita a petrificação, porque a Súmula regula o procedimento podendo ser modificada. No entanto, exige dos operadores do direito um esforço maior para ser alterada.

A força vinculante dos precedentes não é novidade no sistema brasileiro. Foi acolhida como origem das “Ordenações” Manuelinas e Filipinas e da Lei da “Boa Razão”.

Tal mecanismo, fixa as teses jurídicas dos tribunais, demonstram o posicionamento destes em temas controvertidos quando reiterados os julgamentos, mas vale como orientação aos jurisdicionados, os quais sabem de antemão o entendimento dos tribunais em assuntos geralmente polêmicos.

No Brasil, não tem a força como os precedente da “*common Law*” que abriga o instituto do “*stare decisis*”, mas tem grande força persuasiva. Sobre o assunto dispõe a Dra. Ellen Gracie Northfleet, citada por KILDARE (Del Rey, 2012), aduz:

"Não se pode deixar de referir que, inobstante todas as objeções fundadamente apresentadas por ilustres doutrinadores, representantes da magistratura e da classe dos advogados, as decisões dos tribunais superiores (e, não apenas as do Supremo Tribunal Federal) tradicionalmente têm, em nosso sistema judiciário, força persuasiva prevalecte sobre a formação de convencimento dos magistrados das instâncias inferiores."

Mas como a persuasão não bastava, pois a repetição dos recursos, o descumprimento das decisões dos tribunais por parte da Administração Pública, provocavam o descrédito do judiciário. Daí surge a necessidade das súmulas com efeitos vinculante, ou seja, obrigatória para todos os órgãos do poder judiciário e para a Administração Pública sob pena de responsabilidade.

Para TAVARES (método, 2009), as súmulas sempre foram utilizadas no sistema brasileiro de maneira tópica pelos tribunais em suas decisões, nas chamadas jurisprudência compendiada. A essência dessa ideia foi resgatada pela súmula vinculante criada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e regulada pela Lei nº 11.414/06.

Antes havia a denominada “súmula impeditiva” instituída pelo artigo 38 da Lei nº 8.038/90, a qual atualmente consta do Código de Processo Civil, artigo 557, com a modificação da Lei nº 9.756/98.

No regime jurídico da súmula impeditiva, se permite a rejeição do recurso que a contrarie, como também a reforma da decisão que a contrarie, podendo o próprio relator promover o recurso contra essa decisão, mecanismo ratificado pela Lei nº 11.276/2006.

Já o efeito vinculante vem desde 1993 com a Emenda Constitucional nº 03, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, e fortaleceu o ordenamento jurídico pátrio, conforme se vê do § 2º, do artigo 102 da CF/88, *in verbis*:

§ 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.”

Atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, o poder de proferir decisões com eficácia “*erga omnes*” e força vinculante, restringindo o poder das demais instâncias no controle difuso, pois no sistema brasileiro, o controle de constitucionalidade se dá

por via direta com competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ou pela via indireta, controle difuso, em qualquer grau ou instância.

Visou o novo instituto dar validade as decisões do Supremo Tribunal Federal, assim como preservar a hierarquia estabelecida entre os órgãos do judiciário na Constituição Federal de 1988. Mas sua grande inovação foi o efeito vinculante das decisões, seja para a Declaração de Constitucionalidade, quando a ação é procedente, ou a inconstitucionalidade, quando a ação é julgada improcedente, de atos normativos federais, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

As súmulas são assim consideradas como o conjunto normativo derivado de enunciados normativos e que ganhou força com a súmula impeditiva de recursos e, agora com a súmula vinculante. Pode-se dizer que a Lei que regulou a súmula veio dar eficácia plena aos dispositivos constitucionais.

Também, faz distinção entre a súmula vinculante que ocorre a partir de decisões em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade, daquela objeto da Lei nº 11.414/06, que advém de decisões ou recursos concretos. Pois nas primeiras os efeitos já são “*erga omnes*” e vinculante, e as segundas advindas de decisões reiteradas em sede de controle difuso-concreto. TAVARES (método, 2009).

1.2.1. A súmula vinculante

Através da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi introduzida no sistema brasileiro de jurisdição constitucional a figura da súmula vinculante. Conforme leciona BARROSO (Saraiva, 2011), o novo instituto concedeu ao Supremo Tribunal Federal o poder de determinar que a Administração Pública e todos os demais órgãos do Poder Judiciário a observância compulsória da jurisprudência daquela Corte de Justiça em matéria constitucional. Dessa forma o instituto da súmula vinculante foi regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006, a qual tem em sua fundamentação no artigo 103-A da Constituição Federal Brasileira de 1988, que trata

do objeto e da eficácia das súmulas vinculantes, e também, dos requisitos e dos procedimentos para a sua criação:

“Art. 103- A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

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

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

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

A doutrina vigente reconhece que a súmula vinculante é um reflexo da tendência de hoje, de valorização da jurisprudência. Segundo Barroso (Saraiva, 2011), existem várias razões que justificam este fenômeno, um deles seria o aumento da litigiosidade, que elevou a um grande patamar, o número de ações judiciais em tramitação na justiça. A segunda, seria ainda dentro do mesmo contexto, a grande quantidade de litígio com o mesmo objeto, com a mesma discussão jurídica. Taís motivos elevou à necessidade de racionalizar e simplificar o processo decisório.

Para Gilmar Ferreira Mendes, citado por Barroso (Saraiva, 2011), a súmula vinculante contribui para a celeridade e eficiência na administração da justiça, bem como para a redução do volume de recursos que chega ao STF, também que em regra, elas (as súmulas vinculantes) serão formuladas a partir de questões processuais de massa ou homogêneas, envolvendo matérias previdenciárias, administrativas, tributárias ou até mesmo processuais suscetíveis de uniformização e padronização.

Existe outra razão para fundamentar um respeito mais amplo aos precedentes judiciais que é a interpretação, pois o interprete desempenha papel importante no processo de criação do Direito, assim, surge a necessidade de que os entendimentos adotados por diferentes órgãos judiciais sejam coordenados e aplicados com base em parâmetros que propiciem isonomia e coerência.

Para Barroso (Saraiva, 2011), apesar da pluralidade de instâncias decisórias, o poder político exercido pelo Estado é essencialmente uno, e não se pode aceitar como natural as manifestações incompatíveis entre si. No caso das decisões judiciais, torna-se ainda mais importante que haja maior uniformidade possível, pois são atos de aplicação do direito e não uma opção discricionária.

Na ótica de Barroso, (Saraiva, 2011), são objeto da súmula vinculante, a validade, a interpretação ou a eficácia de normas determinadas, da Constituição ou da legislação ordinária, editadas por qualquer dos entes federativos. Nesse sentido, poderão conferir eficácia geral ao entendimento do STF sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais, ou mesmo de emenda à constituição, quando fixa a interpretação e o alcance da norma que devem ser conferidos a determinado enunciado normativo, incluindo os artigos da própria constituição. Na verdade, as súmulas prestam-se a transmitir o entendimento do Tribunal acerca de qualquer questão constitucional. Porque, estabelecida uma interpretação vinculante para determinado enunciado normativo, a consequência será a invalidade de qualquer ato ou comportamento que lhe seja contrário, originário do Poder Público ou mesmo de particulares. Foi dessa forma que o STF editou súmulas vinculantes para declarar a invalidade de práticas como o uso indiscriminado de algemas e nepotismo, súmula vinculante 11 e 13 respectivamente, considerando-as incompatíveis com o sentido atribuído a princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e a moralidade administrativa.

Também, para Barroso (Saraiva, 2011), em relação ao objeto, a súmula não se limita a conferir eficácia vinculante as decisões produzidas em sede de controle incidental de constitucionalidade, embora seja uma das aplicações possíveis do instituto. Elas permitem que o Supremo Tribunal Federal estabeleça uma

determinada tese jurídica, concretizando as razões de decidir adotadas (*ratio decidendi*) em um enunciado dotado de eficácia geral. Também, das decisões produzidas em controle abstrato podem dar origem à edição de súmulas vinculantes. Na verdade, os enunciados poderão ter objeto mais ou menos amplo de acordo com a redação que venha a ser aprovada pelo Supremo Tribunal Federal, variando desde uma afirmação sobre a inconstitucionalidade de determinado dispositivo infraconstitucional até a definição da interpretação adequada a um artigo da própria Constituição.

Foram estabelecidos requisitos e procedimentos para edição, revisão ou cancelamento das súmulas vinculantes. O primeiro é que as decisões serão tomadas por dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por iniciativa própria ou mediante provocação. A exigência do quórum qualificado contribui para a legitimidade da vinculação imposta, além de promover segurança jurídica, atestando a estabilidade do entendimento sumulado, conforme aduz BARROSO (Saraiva, 2011).

Os legitimados para propor alterações na súmula vinculante são os que podem propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, previstos no artigo 103 da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III- a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV- a Mesa de Assembléia Legislativa;
- V- o Governador de Estado;
- VI- o Procurador - Geral da República;
- VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.417/2006:

“considera-se atentatório ao enunciado de súmula a ação ou omissão que a contrariar, negar-lhe vigência ou aplicá-la indevidamente”.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, limitou a súmula vinculante à matéria constitucional para não violar o modelo democrático brasileiro, conforme aduz TAVARES (Método, 2009).

As principais inovações da Lei nº 11.417/2006, que relamenta a súmula vinculante foi: o alargamento da legitimidade ativa para provocar o processo de criação do enunciado; a legitimidade ativa dos municípios, mas deverá provar que é parte no processo; possibilidade de haver restrição temporal dos efeitos da súmula vinculante; contencioso administrativo obrigatório e mitigado, pois para entrar com a reclamação por descumprimento de súmula vinculante, deverá esgotar a via administrativa.

A referida Lei teve origem com o projeto 13, de janeiro de 2006, da Comissão mista especial de reforma do judiciário, criada com a Emenda Constitucional nº 45/2004, mas pode-se afirmar que o efeito está presente na ordenamento jurídico brasileiro desde 1993, com a Emenda Constitucional nº 03, específica para Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Tavares, (Método, 2009), reconhece que na súmula vinculante a possibilidade de construção de enunciados por parte da Corte que sintetizem o entendimento já consolidado do STF sobre matéria constitucional, orientando procedimentos judiciais que devem ser observados pelas demais instâncias judiciais e pela Administração, sob pena de invalidação e responsabilização por atos contrários.

1.2.2. Efeitos da súmula em outros institutos

Nas resoluções – prevista no artigo 52, X, da Constituição Brasileira de 1988, as resoluções são de competência do Senado Federal, ocorrem das decisões do Supremo Tribunal Federal no controle difuso-concreto. Com a criação das

súmulas vinculantes, o instituto recebe severas críticas quanto a sua necessidade de figurar, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, em face dos poderes hoje atribuídos ao STF em sede de controle de constitucionalidade, cujas decisões produz os mesmos efeitos, ou seja, “*erga omnes*”, com mais celeridade, ou seja, o jurisdicionado não fica adstrito a boa vontade do legislativo de editar o não a resolução, pois mesmo em face da sua competência constitucional, não está obrigado a exarar a resolução. Para boa parte da doutrina pátria o instituto da resolução é obsoleto.

Das súmulas e jurisprudência impeditiva de recurso - prevista no artigo 557 do Código Processo Civil, inclusive na redação atual, foi amplamente adotada no Supremo Tribunal Federal para uniformizar casos posteriores. Mas recebe críticas para que haja flexibilização dessa prática pra que casos posteriores possa ser apreciados com novo enfoque, pois tal processo dificulta a revisão ou cancelamento da súmula.

Também, o Supremo Tribunal Federal entende em suas decisões que a súmula vinculante tem efeito impeditivo de recurso, pois a Lei que instituiu a repercussão geral, previu o sobrestamento geral dos recursos impeditivos com idênticos fundamentos. Através da Lei 11.672/08, foi criado o mesmo procedimento para o Superior Tribunal de Justiça. Conforme nova redação do artigo 543-C do Código de Processo Civil.

Repercussão Geral – o regime foi criado através da Lei nº 11.418/06, reforça a jurisprudência impeditiva de recurso, pois além da repercussão geral propriamente dita, disciplina o chamado sobrestamento geral dos recursos repetitivos com idênticos fundamentos. Conforme artigo 543-B do Código de Processo Civil § 3º. A introdução da denominada “repercussão geral” como requisito para análise do recurso extraordinário pelo Superior Tribunal Federal exige o quorum de 2/3 do Ministros para recusar o recurso por falta desse elemento. Uma das hipóteses de falta de repercussão será exatamente a existência de súmula vinculante.

Para Tavares (Método, 2009), é inadmissível a sustentação de repercussão geral no caso de já ter o Superior Tribunal Federal se pronunciado, reiteradamente sobre o tema objeto do recurso extraordinário, tendo produzido súmula vinculante.

Regulando o tema, houve a alteração do artigo 543-a do Código de Processo Civil, que dispões:

“§ 3º - haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.”

Nesse sentido, a Lei, no caso, parte do pressuposto de que as decisões judiciais, a respeito de súmula existente, continuem contrariando, nessa hipótese, a repercussão geral está presente no Recurso Extraordinário. Observa-se, também a alteração do artigo 518 do Código de Processo Civil, que prever:

“§ 1º - o Juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STJ ou do STF.”

Também, há que se observar o § 7º, do mesmo dispositivo:

“§ 7º - A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

Demonstra a intenção da lei de criar um banco de decisões reiteradas, em sede de repercussão geral para o fim de posterior criação da súmula vinculante. Esse é uma das consequências da equiparação da súmula vinculante da decisão em repercussão geral a acórdão feita pela lei. Os critérios para apurar a presença da repercussão geral serão especificados pelo Superior Tribunal Federal, que poderá ocorrer por meio de súmula vinculante.

1.2.3. Algumas críticas à súmula vinculante

Para Tavares (Método, 2009), ela condensa a essência das normas em proposições simples, mas é um retrocesso, pois ignora os elementos da realidade temporal e circunstancial que são inerentes à todas as decisões judiciais, pois promovem interpretação, e toda lei que é interpretada é uma lei com duração temporal limitada (Haberle, Peter, citado por Mendes e Pfheg, citado por Tavares, (Método, 2009). Têm natureza jurídica incerta. No Brasil, questiona-se o limite de atuação do Poder Judiciário, e abre a discussão sobre a legitimidade e separação de poder. Também, Tavares acredita que ocorre o cerceamento da independência do Juiz.

No que diz respeito à liberdade, o magistrado pode avaliar se aplica ou não a súmula ao caso concreto, o que é reconhecido nos precedentes do Direito Norte-Americano. Também a súmula é passível de sofrer interpretação como qualquer lei. Mas, no modelo brasileiro, diferentemente, a súmula não incorpora os casos concretos que formaram a sua estrutura. A vinculação se dá apenas ao enunciado. Assim, o magistrado terá que verificar o cabimento da súmula ao caso concreto.

Mesmo provocando certa limitação, para TAVARES (Método, 2009), haverá sem uma leitura subjetiva ou diversificada, que considera mais uma fraqueza do instituto. No entanto, há uma busca de um sistema que saia da loteria de pensamentos jurídico-judiciais divergentes para outro com mais previsibilidade.

No entanto, aduz que para os “neoliberais” a previsibilidade é uma exigência imposta pela globalização. Mas para Tavares, essa é uma visão distorcida, pois ignora as reais necessidades dos países em desenvolvimento, onde se busca práticas alternativas para superar o descumprimento e desconhecimento generalizado da lei e da Constituição Federal, além do alto custo social que tal representa. Observa, ainda, que o poder público constituído pela União, Estados-membros e Municípios, é o maior cliente do judiciário brasileiro, daí se extrai um panorama das mudanças promovidas pela Súmula Vinculante no modelo brasileiro.

Na ótica de Tavares, o maior problema da súmula vinculante, e o que ele chama de “mecanismo de auto-imposição dependente”, pois o descumprimento da súmula gera uma atuação sucessiva e desgastante para o Superior Tribunal Federal, que além de constrangedora, também inviabiliza o exercício de suas funções. Aqui ele se refere ao mecanismo da reclamação.

Também, ver como problemático o tratamento processual dispensado à edição da súmula vinculante, pois o Superior Tribunal Federal utiliza a súmula de maneira informal, e, assim cria novas súmulas sem uma discussão suficiente de todas as especificidades e particularidades que os temas exigem, a falta de uma ampla e madura discussão compromete o instituto. Considerando, ainda, o fato de o Superior Tribunal Federal ter o entendimento, de que está livre das questões processuais limitadoras, quando e ele, a propor a edição de nova Súmula vinculante. Para Tavares, o Supremo demonstra assim agindo, visão centralizadora e unilateralismo.

2. A SÚMULA VINCULANTE 11

Este capítulo trata da súmula vinculante 11, que limitou o uso de algemas. Em que contexto se deu sua elaboração e os precedentes que a motivaram.

A referida súmula vinculante, recebe severas críticas de boa parte da doutrina pátria, principalmente dos processualistas, por motivos diversos a serem a seguir discutidos.

Súmula vinculante 11:

“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”(grifei)

No entanto, para a doutrina brasileira, ao editar a súmula 11, o Supremo Tribunal Federal desrespeitou os requisitos mínimos para a aprovação desta

súmula. Para TAVARES (Método, 2009), um deles é o artigo 103-A da Constituição Federal Brasileira de 1988, *in verbis*:

“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.”

O dispositivo acima citado, expressamente determina a necessidade de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional para a edição de súmula vinculante que na sua ótica, é uma exigência coerente com a necessidade do profundo amadurecimento prévio à deliberação favorável à edição de uma súmula com efeito vinculante.

Para o Doutrinador, não houve reiteradas decisões sobre a limitação do uso de algemas, que pudessem autorizar a edição da súmula, o que ocasionou a violação flagrante do dispositivo constitucional, artigo 103-A. Assim, o Supremo Tribunal Federal violou o texto legal tanto no sentido formal, como os pressupostos materiais, que deveriam está presente na súmula com efeito vinculante.

A decisão que embasou a súmula consistiu no julgamento do Habeas Corpus 91.952, no qual foi discutido a nulidade de uma sessão do Tribunal do Júri, em razão de o réu ter permanecido algemado durante toda a sessão, sem qualquer justificativa para tanto, que tal atitude por parte do Juiz presidente do Júri, poderia ter influenciado os jurados em considerar o réu como criminoso de alta periculosidade, causando desequilíbrio na defesa. Para Tavares, o tema do Habeas Corpus relatado é diverso daquele tratado na súmula. A ideia não é restringir ou limitar o Supremo Tribunal Federal, mas que o mesmo se submeta às exigências constitucionais no uso do instituto.

No caso da súmula vinculante 11, foi extrapolado os limites da questão levada ao conhecimento do plenário, posto que aproveitou a decisão de nulidade do ato processual, ou seja, do julgamento no Tribunal do Júri com réu algemado, e decidiu

incluir na súmula, a nulidade da prisão concretizada com o uso da algema, assim demonstrando a inconstitucionalidade da súmula.

Também, conforme dispõe o artigo 103-A, § 1º da Constituição Federal, a súmula deve ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas que tenham interpretações controversas pelos órgãos judiciais e Administração Pública, o que poderia acarretar grave insegurança jurídica, e multiplicidade de processo. Requisito que deve ser associado aos demais, que no caso em foco, súmula 11, não ocorreu pois o fundamento foi o artigo 474, § 3º, do Código de Processo Penal com a redação da Lei nº 11.689/08, que dispõe:

“§ 3º não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.”

Sendo o dispositivo de edição recente, não houve tempo num julgamento divergentes. Segundo TAVARES, (Método, 2009), boa parte do conteúdo desta súmula não está amparada em validade, interpretação ou eficácia de nenhuma outra norma.

2.1. OS ANTECEDENTES (JULGADOS)

São pelo menos três os antecedentes da súmula vinculante 11, ou seja, os casos anteriores que serviram de base para o caso que deu origem à súmula, seus precedentes, computando-se o caso que deu origem à súmula são quatro.

Um dos requisitos para a edição de uma súmula vinculante, é a existência de reiteradas decisões sobre a matéria a ser sumulada.

O primeiro dos precedentes utilizados para a edição da súmula foi o **Recurso em Habeas Corpus(RHC) nº 56.465, julgado em 05/09/1978**, ainda na época do Regime Militar. (sítio STF)

Relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, o recurso teve a seguinte ementa, *in verbis*:

“NÃO CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL O USO DE ALGEMAS POR PARTE DO ACUSADO, DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL, SE NECESSÁRIO À ORDEM DOS TRABALHOS E À SEGURANÇA DAS TESTEMUNHAS E COMO MEIO DE PREVENIR A FUGA DO PRESO. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO COMPROVADA. RHC IMPROVIDO”.

De acordo com o relatório, o recorrente se fez passar por despachante, tendo recebido certa quantia para proceder com a revalidação de exames exigidos à habilitação para dirigir, falsificando tal documentação e entregando-a. O uso de algemas no acusado durante a audiência foi devidamente justificado, conforme o Relatório.

Em seu voto, o Ministro Cordeiro Guerra considerou que, quando para preservar a segurança das testemunhas e evitar a fuga do preso, não constitui constrangimento ilegal o uso de algemas, competindo ao Juiz instrutor a condução dos trabalhos e a disciplina nas audiências, garantindo-se a ordem e o respeito à Justiça, sendo o uso das algemas, para esses fins, legítimo.

O segundo precedente da súmula foi o **Habeas Corpus (HC) nº 71.195, julgado em 25/10/1994**, tendo como relator o Min. Francisco Rezek, da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. (Sítio, STF). Sua ementa foi a seguinte, verbis:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. PROTESTO POR NOVO JÚRI. PENA INFERIOR A VINTE ANOS. UTILIZAÇÃO DE ALGEMAS NO JULGAMENTO. MEDIDA JUSTIFICADA.

[...]

II - O uso de algemas durante o julgamento não constitui constrangimento ilegal se essencial à ordem dos trabalhos e à segurança dos presentes. Habeas corpus indeferido.

Tal julgado demonstra a manutenção, da Corte, do entendimento de que o uso de algemas no acusado, quando do seu comparecimento em audiência, é

legítimo, desde que para a segurança dos presentes e preservar a ordem dos trabalhos.

No relatório desse julgado, informa-se que o réu pretendia agredir o juiz-presidente e o promotor, não tendo o defensor se manifestado contrariamente quanto à utilização de algemas, considerando que os jurados não seriam influenciados pela imagem do réu algemado.

A mudança de entendimento viria no julgamento do **HC nº 89.429/RO, julgado em 22/08/2006**, relatado pela Ministra Carmen Lúcia, (Sítio, STF), cuja ementa se lê abaixo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. USO DE ALGEMAS NO MOMENTO DA PRISÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA EM FACE DA CONDUTA PASSIVA DO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES.

1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes.

2. Habeas corpus concedido.

A finalidade da impetração do habeas corpus, de acordo com o relatório, era a de que o paciente, Conselheiro Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, não fosse algemado nem exposto às câmeras de televisão. O paciente já havia sido preso em sua residência, tendo sido algemado e exposto, nesta condição, à imprensa.

O voto da Ministra Carmen Lúcia demonstra a evolução legislativa no que se refere ao uso de instrumentos de contenção, discorrendo também sobre o caráter da prisão como espetáculo da mídia.

Em seu voto, o Ministro Carlos Britto ressaltou que o direito de não ser submetido a tratamento humilhante e infamante decorre da condição de pessoa humana, e não do status de membro do Tribunal de Contas.

O habeas corpus foi concedido à unanimidade, tendo sido decidido que o paciente não poderia ser algemado, senão quando houvesse reação violenta de sua parte, devidamente justificado pela autoridade.

O último precedente da Súmula Vinculante nº 11 foi o **HC 91.952/SP, julgado em 7/8/2008**, relatado pelo Min. Marco Aurélio, (Sítio, STF), cuja ementa é:

ALGEMAS - UTILIZAÇÃO. O uso de algemas surge excepcional somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou risco concreto de fuga.

JULGAMENTO - ACUSADO ALGEMADO - TRIBUNAL DO JÚRI. Implica prejuízo à defesa a manutenção do réu algemado na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, resultando o fato na insubsistência do veredicto condenatório.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do relator, deferiu a ordem de habeas corpus.

Neste julgado, anulou-se decisão do Tribunal do Júri da Comarca de Laranjal Paulista (São Paulo) que condenou o paciente, sendo determinado, pelo Supremo Tribunal Federal, que fosse realizado novo julgamento no Júri, sem colocação de algemas. O argumento para a concessão do habeas corpus foi o de que a imagem do réu algemado influenciou o corpo de jurados em sua decisão. O Min. Marco Aurélio, em seu voto, observou que:

A ausência de norma expressa prevendo a retirada das algemas durante o julgamento não conduz à possibilidade de manter o acusado em estado de submissão ímpar, incapaz de movimentar os braços e as mãos, em situação a revelá-lo não um ser humano que pode haver claudicado na arte de proceder em sociedade, mas uma verdadeira fera.

No julgamento do Júri, o advogado do réu manifestou-se no sentido de que a presença do réu algemado influenciaria os jurados. O uso das algemas, foi justificado pela falta de aparato policial na audiência (apenas dois policiais civis faziam a segurança).

O Ministro Marco Aurélio considerou que não havia dados concretos, como a periculosidade, que justificassem o algemamento do réu. Entendeu-se também que a

deficiência do Estado em fornecer segurança não justificaria, por si só, o desrespeito à dignidade do custodiado.

No julgamento deste Habeas Corpus, decidiu-se pela edição de uma súmula com efeitos vinculantes, estabelecendo-se, assim, o entendimento de que o uso de algemas é excepcional.

2.2. O CONTEXTO DE ELABORAÇÃO DA SÚMULA

Nos início dos debates que levaram à aprovação da Súmula Vinculante 11, o Ministro Marco Aurélio de Melo observou que “a utilização de algemas é sempre excepcional, sendo o último recurso diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente”. O Ministro ponderou também que o enunciado que estava sendo submetido a debates não deveria suscitar “dúvidas que a utilização de algemas é exceção”. (voto Ministro Marco Aurélio de Melo. Sítio, STF)

A Súmula Vinculante deveria, assim, garantir uma condução segura do cidadão quando este fosse detido, respeitando-se sua integridade física e moral, bem como sua dignidade, tudo de acordo com a Constituição Federal de 1988.

Discorrendo sobre os fundamentos para que haja o algemamento, ponderou o Ministro Cezar Peluso, que não bastava o mero receio, pois qualquer um pode tê-lo; era preciso haver algum fundamento para tanto, como, por exemplo, na detenção de um velho que não consegue andar, pode haver até o receio de fuga, mas ele não é fundado. Ou de perigo à integridade física própria, isto é, do próprio custodiado, ou alheia.

Assim, ficou estabelecido, com a súmula, que as algemas somente podem ser utilizadas quando houver resistência à prisão, fundado receio de fuga ou quando houver perigo à integridade física do preso ou de terceiros. Assim sendo, as algemas servem como garantia ao próprio preso, e não só à polícia e a sociedade.

O Ministro Menezes, levando em consideração que, na prática, apesar da edição da súmula, haveria discricionariedade no uso de algemas, temia que, diante da decisão tomada à unanimidade pela Corte Suprema do país, um delegado da Polícia Federal, pura e simplesmente, desqualifique a decisão do Supremo, entendendo que é normal o uso de algemas, que depende do uso de algemas em uma situação de fato.

Com essa observação, foi acrescentada ao verbete da Súmula Vinculante a possibilidade de responsabilização da autoridade ou do agente estatal nas esferas disciplinar, penal e civil, visando garantir a obediência ao que foi decidido pelo Supremo.

O entendimento dos ministros foi de que o uso de algemas é excepcional, conforme as palavras do Ministro Carlos Britto:

E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com consequências de ordem física e de ordem moral. Não podemos, porém, perder de vista, sobretudo quando a prisão se dá em flagrante, que num contexto de segurança pública os agentes policiais não podem perder jamais o que se poderia chamar de prudente arbítrio para saber se a situação é exigente ou não da quebra dessa excepcionalidade, mas sempre no pressuposto de que o uso das algemas é excepcional. (voto Ministro Carlos Britto. Sítio, STF)

Decidiu-se, também, dotar esta e todas as demais súmulas vinculantes, de efeito impeditivo de recurso, após manifestação do Ministro Menezes.

Parte da polêmica da súmula deveu-se à possibilidade de anulação da prisão ou do ato processual que a originar. Sendo as algemas utilizadas em situações não abrangidas pela súmula e não havendo justificativa, por escrito, para seu uso, seria a prisão anulada.

Considerando que o ato de prender é perigoso para o policial, o Ministro Cezar Peluso observou que:

A interpretação dos casos concretos deve ser feita sempre em favor do agente e da autoridade do Estado. Isto é, só vamos reconhecer ilícito, quando este fique claro, como caso em que se aplicam as algemas sem nenhum risco, com o só propósito de expor o preso à execração pública, ou de lhe impor, longe do público, constrangimento absolutamente desnecessário.

O Ministro Gilmar Mendes, após as considerações do Ministro Cezar Peluso, expôs da seguinte forma a questão:

Na verdade, quando estamos a falar hoje desta questão da algema, na prática brasileira, estamos a falar da aposição da algema para os fins de exposição pública, que foi objeto inclusive de considerações específicas no voto do Ministro Marco Aurélio. De modo que é preciso que estejamos atentos. Certamente temos encontro marcado também com esse tema. A Corte jamais validou esse tipo de prática, esse tipo de exposição que é uma forma de atentado também à dignidade da pessoa humana. A exposição de presos viola a ideia de presunção de inocência, viola a ideia de dignidade da pessoa humana, mas vamos ter oportunidade, certamente, de falar sobre isto.

Neste caso específico, a aplicação da algema já é feita com o objetivo de violar claramente esses princípios. Em geral, já tive a oportunidade de dizer, algemar significa expor alguém na televisão nesta condição, ou prender significa hoje algemar e colocar alguém na televisão. De modo que é esta a questão que precisa ser de fato enfatizada, e ao Ministério Público incumbe a missão também de zelar pelos direitos humanos. É fundamental que ele combata essas ações, inclusive propondo os inquéritos devidos, as ações penais de responsabilidade, se for o caso.

Quanto à exigência de justificativa para o uso excepcional das algemas, esta pode ser feita no auto de prisão em flagrante, onde o condutor explica o motivo pelo qual algemou o conduzido. Do mesmo modo, em atas de audiência o juiz justificará a presença do réu algemado, principalmente quando em audiências no Tribunal Popular do Júri. Há que se entender que o uso de algemas deve ser excepcional.

Se tais exigências para a utilização das algemas serão levadas a efeito pelos órgãos policiais e pelo Poder Judiciário, apenas o tempo poderá determinar se a manifestação do Supremo teve força prática. Até lá, os eventuais excessos praticados por policiais e autoridades judiciárias devem ser punidos, garantindo-se o princípio da presunção de inocência e a integridade do preso, mas sem tornar inviável a atuação do Estado na repressão ao crime, seja nas esferas policial ou judicial.

A aprovação da Súmula Vinculante 11 foi unânime entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Apesar de não ter havido um processo legislativo, criou-se um balizamento para o uso de algemas, autorizando a autoridade policial a algemar nas situações descritas na Súmula, sempre justificando, por escrito, tal medida. A edição da súmula foi motivada, principalmente, após uma decisão tomada em sede de habeas corpus (HC 91952).

3. A SÚMULA 11 E A FUNÇÃO LEGIFERANTE DO STF

Este capítulo trata da problemática que envolve o fato de o Supremo Tribunal Federal, quando da edição de súmulas, e especialmente da súmula 11, ter adentrado a competência do Poder Legislativo, ferindo em tese, o princípio da separação dos poderes que é um dos primados da democracia. Nesta linha, será visto o efeito jurídico da aplicação das regras e dos princípios. Finalizando o capítulo, será analisado, se o uso de algemas fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 A SEPARAÇÃO DE PODERES E A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIO DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Após a segunda Guerra Mundial, houve uma reformulação da teoria e prática do modelo de democracia. Houve empenho na constitucionalização dos direitos individuais, mesmo que uma maioria parlamentar tente restringi-los. Para que se respeitasse os direitos constitucionalizados, foi instituído as Cortes Constitucionais. No novo modelo, não há soberania parlamentar, uma vez que tal maioria não pode infringir normas e regras definidas na Constituição Federal. Os tribunais constitucionais assumem um papel contramajoritário e a defesa das minorias em relação às vontades das majorias passa a ser concebida como essencial à democracia. (Apostila, Poder Judiciário e Políticas Públicas. Instituto Cernicchiaro – EAJ- TJDFT, cap.2)

Exemplo de fenômeno que campeia também o ordenamento jurídico brasileiro, e as decisões do Supremo Tribunal Federal, quanto às relações homoafetivas, onde reconhece e as equipara a entidade familiar, justificando sua atuação em uma postura contramajoritária, posto que um país como o Brasil, onde 60% da população são católicos e 30% evangélicos, jamais o poder constituinte originário, o povo, reconheceria as relações homoafetivas como entidade familiar, como fez o Supremo Tribunal Federal, tampouco o legislativo o faria, pois a resposta seria dada nas urnas. Assim, a Corte, entendendo que o direito aplica-se a todos indistintamente, reconheceu direitos àquela classe contra a vontade da maioria. ADPF nº 132, RE 477554 e ADIN nº 4.277 publicada no DOU de 13.05.2011(sítio STF).

Na ementa do Recurso Extraordinário nº 477554, de autoria do relator Ministro Celso de Mello, *in verbis*, pode-se identificar a visão que o Supremo Tribunal Federal tem sobre a função contramajoritária:

A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria

de interpretação constitucional), desempenha função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado.

Também, há casos que o Supremo Tribunal Federal e o judiciário de um modo geral, atua na lacuna da lei, ou seja, na falta de norma que disponha sobre o caso concreto, o judiciário chamado a decidir, legisla incidentalmente para resolver determinada situação, e no caso do Supremo Tribunal Federal, pode até editar súmula sobre o tema que poderá ter efeito vinculante, e obrigar a todos.

No entanto, há casos em que ocorre a extrapolação de competência, ou seja, a atuação do judiciário não tem as justificativas de atuação contramajoritária, tampouco e caso de lacuna da lei, ocorre a invasão competência do judiciário a na esfera do legislativo ou do executivo, ferindo o princípio da separação dos poderes e a democracia.

A esse tipo de atuação a doutrina denomina de “ativismo judicial”, que está associado a um exercício de criação legislativa do judiciário, criação esta que originariamente não é sua função, é vista por diversos autores como uma extrapolação de suas atribuições. (Apostila, Poder Judiciário e Políticas Públicas. Instituto Cernicchiaro –EAJ- TJDFT, cap.2)

Kmiec, citado por Leandro Molhano Ribeiro (Apostila, Poder Judiciário e Políticas Públicas. Instituto Cernicchiaro –EAJ- TJDFT, cap.2), classifica o ativismo em 5 (cinco) tipos: a) - quando os juízes invalidam atos dos outros poderes considerados constitucionais, caso contrário está efetuando o controle constitucional, aqui há um elemento de abuso ou impropriedade; b) – quando ocorre a invalidação ou desconsideração de precedentes, recaí sobre decisões do próprio judiciário e tem papel de veto; c) - são chamados de ativistas, também, aqueles juízes que legislam por trás dos tribunais “ato judicial Legislativo”, mas aqui o abuso está sujeito à controvérsias; d) – quando os juízes lançam mão de interpretações que desviam dos instrumentos interpretativos considerados adequados; e) juízes

que atuam nas formas acima, mas com objetivos que vão além das questões discutidas no caso concreto.

Assim, com fulcro na classificação de Kmiec, citado por Leandro Molhano Ribeiro (Apostila, Poder Judiciário e Políticas Públicas. Instituto Cernicchiaro –EAJ-TJDFT, cap.2), o ativismo envolve, em grande parte, um comportamento de abuso, inadequação ou desvio, mas o próprio autor reconhece a dificuldade de interpretação destes termos.

As críticas que se faz à atuação do Supremo Tribunal Federal na edição da súmula vinculante 11, segundo Tavares, (Método, 2009), é de inconstitucionalidade, visto que desobedeceu ao comando do artigo 103-A da Constituição Federal, reiteradas decisões, e ainda, dentro de um processo que buscava a nulidade de um ato processual (o Júri), tratou do tema “uso inadequado de algemas”.

Como foi visto, foram quatro casos analisados pela Corte, certo que em composição distinta do Supremo Tribunal Federal, mas todas envolvendo o debate do tema uso de algemas, como ponto central da questão suscitada, ou com ele relacionada. Também, a constituição não informar quantas decisões são necessária para que seja considerada reiteradas decisões.

Assim, não há como classificar de inconstitucional ou ativista na classificação de Kmiec, a atuação neste caso, do Supremo Tribunal Federal. Mas, considerando a falta de regulamentação do tema “uso adequado de algemas”, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal atuou na lacuna da lei, na falta de atuação legislativa.

3.2. A APLICAÇÃO DAS REGRAS E DOS PRINCÍPIOS – EFEITO JURÍDICO

Segundo Paulo Bonavides (Malheiros, 2009), os princípios são normas-chaves do sistema jurídico, assim elevados em razão do reconhecimento de sua normatividade e das decisões das Cortes Suprema no constitucionalismo contemporâneo. Assim, são normas jurídicas tanto os princípios gerais como os

constitucionais, unificados em razão do fenômeno da constitucionalização dos princípios, quando os princípios passaram a ser o centro do Direito Constitucional e conquistaram o status de norma jurídica.

3.2.1. Diferença entre princípios e regras

Para Paulo Bonavides (Malheiros, 2009) os princípios são tidos como valores fundamentais, governam a Constituição, a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência, são compreendidos normativamente, ou seja, tem alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa.

Portanto, sendo a Constituição um conjunto sistemático de regras e princípios, tendo como ancora o consenso social sobre os valores básicos, vislumbra-se que os princípios estão no ápice da pirâmide normativa, são "*norma normarum*" ou norma das normas, fonte das fontes, resumindo Paulo Bonavides (Malheiros, 2009, pag. 294), "são qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma constituição".

Assim, enquanto os princípios suscitam problemas de validade e de peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas devem ser alteradas).

3.2.3. Diferença entre princípios e regras para Dworkin

Para Dworkin, citado por Bonavides, (Malheiros, 2009), a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, sendo espécies os princípios e as regras.

Assim, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Havendo colisão entre as regras, uma delas deve ser considerada inválida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.

Nessa ótica, os princípios, contrariando as regras, possuem uma dimensão de peso, verificável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.

3.2.3. Diferença entre princípios e regras para Alexy

Para Alexy, citado por Paulo Bonavides (Malheiros, 2009) os princípios jurídicos são uma espécie de norma jurídica, e os princípios, possuem apenas uma dimensão de peso e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. Somente com a aplicação dos princípios nos casos concretos que se torna possível sua concretização, tendo em vista as regras de colisão, ou seja, os conflitos se resolvem mediante a criação de regras de prevalência, através da ponderação dos princípios conflitantes.

3.2.4. Conflito entre regras jurídicas e entre princípios

Também, na ótica de Alexy, citado por Paulo Bonavides (Malheiros, 2009), o conflito entre regras se resolve no campo da validade, pois se uma regra é válida ela deve ser aplicada ao caso concreto, valendo, dessa forma, também suas conseqüências jurídicas, pois estão contidas dentro do ordenamento jurídico. Entretanto se ambas as regras forem válidas, a aplicação dos dois diferentes dispositivos jurídicos, conduzem a resultados diferentes.

Pode-se afirmar que um conflito entre regras somente pode ser resolvido se for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes, na intenção de remover o conflito. Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Também, pode-se aplicar o critério hierárquico, pelo qual a regra hierarquicamente superior derroga a inferior, existe também o critério cronológico, pelo qual a regra posterior prevalece sobre a anterior, e ainda, o critério da especialidade, de acordo com o qual a regra especial supera a geral.

Já na colisão de princípios, Alexy, citado por Paulo Bonavides (Malheiros, 2009) aduz de forma distinta, que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, que o princípio de maior peso é o que prepondera.

3.2.5. Colisão entre direitos fundamentais

Há casos clássicos de colisão de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito a informação que entra comumente em conflito com o direito a intimidade; a liberdade de imprensa com o direito a privacidade, no caso da súmula 11 do Supremo Tribunal Federal, uso adequado de algemas, o direito a integridade física,

segurança e a vida em face do direito de liberdade do preso (no sentido de não ser algemado).

Independente da solução a ser adotada nesses conflitos sempre existirá a restrição, por vezes total, de um ou dois valores. Posto que, todas as circunstâncias envolvendo colisão de direitos fundamentais são de complexa solução, dependendo para se determinar o rumo a ser seguido das informações do caso concreto e dos argumentos fornecidos pelas partes envolvidas. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de se ponderar para se chegar à solução do conflito.

Dessa forma, os direitos fundamentais não possuem natureza absoluta, portanto, em caso de conflito, não existe prevalência de um sobre o outro, mais uma razão para se realizar a ponderação.

As limitações a direitos fundamentais devem ser consideradas, em tese, possivelmente irregulares e, por essa razão, devem sofrer um exame constitucional mais rigoroso, cabendo ao Judiciário exigir a demonstração de que a limitação se justifica diante de um interesse mais importante. Destaque-se que somente será legítima a restrição ao direito se for atendido o princípio da proporcionalidade, pois a ponderação entre princípios se operacionaliza através desse princípio. Ao aplicar a proporcionalidade como critério de ponderação.

3.2.6. Colisão entre direitos fundamentais pelo Supremo Tribunal Federal

Conforme visto nos capítulos anteriores, ao ocorrer a tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar ao de maior valor. É diferente do que ocorre com os conflitos entre regras, não são estipuladas cláusulas de exceção, pois, senão, estar-se-ia limitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais entre em colisão. Busca-se, pelo princípio da ponderação, decidir, ante as condições do caso, qual valor possui maior peso, devendo prevalecer na situação.

A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, que colidem no caso concreto.

3.3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O USO DE ALGEMAS.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no inciso III, do artigo 1º, da Constituição Federal Brasileira de 1988, e tem por objetivo, impedir tratamento desumano, garantindo as necessidades básicas do ser humano, mínimo existencial. Para Miguel Reale, citado por Gilmar Mendes (Saraiva, 2010), a pessoa é:

[...] é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor fonte da experiência ética para ser vista como simples momento de um ser transpessoal, ou peça de um gigantesco mecanismo, que sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo mostro frio: coletividade, espécie, nação, classe, raça, ideia, espírito universal, ou consciência coletiva.

O que se infere da leitura deste texto, é que o ser humano quando analisado em conjunto, ou seja, como Nação, perde sua identidade pessoal, evidenciando, que este princípio deve ser analisado individualmente. Na visão de Gilmar Mendes (Saraiva, 2010), este princípio possui hierarquia supraconstitucional e o seu valor esta fora de questionamentos.

Este princípio é tão importante para o ordenamento jurídico brasileiro que este protege o indivíduo desde a sua tenra idade, através do Estatuto da Criança e Adolescente até a sua idade avançada, por meio do Estado do Idoso.

Ingo Wolfgang Sarlet, (Livraria do Advogado, 2007. p. 62), enfatiza a importância deste princípio:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destino da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Trazendo para o termo mais simples, o conceito de dignidade, segundo o dicionário é a qualidade de quem é digno; nobreza, respeitabilidade. Cargo ou título de alta graduação. Enfim, e o respeito que merece alguém ou alguma coisa, dignidade da pessoa humana.

A partir desse conceito, pode-se questionar se o uso de algemas fere o princípio da dignidade humana? Em todos os casos? Em que condições?

A súmula 11 diz que seu uso é excepcional, que sua utilização deve ser fundamentada pela autoridade que a utilizar. Assim, pode-se responder que o uso das algemas, em face da súmula pode ferir o princípio da dignidade quando não for necessário, que a regra é não usá-la. Assim, quando é necessário o seu uso? Como se trata de princípio que rege a Constituição brasileira, sua soberania se rende quando em conflito com outro princípio, como o direito à vida, à segurança, à integridade física, e à própria dignidade de terceiro ou da vítima.

Dessa forma, o uso de algemas, quando necessário não fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 199 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Execuções Penais), prevê, nas disposições finais e transitórias do referido diploma legal, que o emprego de algemas será disciplinado em decreto federal. Não se tem conhecimento da edição de qualquer norma de âmbito federal tratando especificamente do uso de algemas.

A Resolução nº 14, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), de 11 de Novembro de 1994 (publicada no Diário Oficial da União em 02/12/1994), fixa Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos no Brasil, tendo em vista recomendação do Comitê Permanente de Prevenção ao Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, sendo o texto da resolução quase idêntico ao das Regras Mínimas editadas pela Organização das Nações Unidas -ONU. O artigo 29 da resolução, ao tratar dos meios de coerção, refere-se ao uso de algemas, da seguinte forma:

Art. 29. Os meios de coerção, tais como algemas, e camisas-de-força, só poderão ser utilizados nos seguintes casos:

I – como medida de precaução contra fuga, durante o deslocamento do preso, devendo ser retirados quando do comparecimento em audiência perante autoridade judiciária ou administrativa;

II – por motivo de saúde, segundo recomendação médica;

III – em circunstâncias excepcionais, quando for indispensável utilizá-los em razão de perigo iminente para a vida do preso, de servidor, ou de terceiros.

O artigo 25 da Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCCP, informa que algemas, correntes e camisas-de-força não serão empregados como instrumentos de punição. Fato é que a resolução, apesar de sua importância, não tem força obrigatória, não suprimindo a necessidade de lei específica tratando do tema.

Como se vê antes e depois da Lei de Execuções Penais (LEP), diplomas legais trataram do emprego de meios de contenção, alguns sem referirem-se especificamente às algemas. A existência de tais normas garante um mínimo de segurança ao cidadão, que não poderá ser algemado arbitrariamente, e permite ao Estado o exercício de seu Poder de Polícia, observados os limites legais e princípios como o da proporcionalidade.

Dispõe expressamente o artigo 199 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11/07/84) que "O emprego de algemas será disciplinado por decreto federal", ou seja, enquanto não tiver sido efetuada a respectiva regulamentação, é óbvio que o uso das algemas é ilegal.

O sistema jurídico do civil *law* tem por premissa que todo o direito deve ser codificado. As normas programáticas não tem aplicação imediata, caracterizando simples diretiva para que o legislativo proceda à elaboração de norma complementar e regulamentadora. É na categoria das normas programáticas que se encaixa o artigo. 199 da Lei de Execução Penal.

Se o emprego de algemas deve ser disciplinado por decreto federal, tal norma deve ser editada e aprovada, a fim de legitimar o uso das algemas. Mas não se pode deixar de utilizar um importante instrumento de contenção e segurança, como o são as algemas, pelo simples fato de seu uso não haver sido disciplinado em norma federal. Antes de ser sumulado o uso de algemas pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 40 da Lei de Execução Penal estabelece que a todas as autoridades impõe-se o respeito à integridade física e moral dos presos, sejam eles provisórios ou definitivos.

Assim, algemas devem continuar a ser utilizadas, em conformidade com as leis de nosso sistema jurídico que autorizam e limitam o uso da força pela polícia e outras autoridades, devendo ao mesmo tempo ser respeitados os direitos garantidos pela Constituição Federal, a fim de evitar abusos por parte dos agentes do Estado.

Até a edição da lei regulamentadora do uso de algemas, a súmula 11 preenche e estabelece limites para uso das mesmas.

CONCLUSÃO

De tudo quanto ficou exposto nas páginas anteriores, ficou evidenciado que o sistema de precedentes no Brasil evoluiu seguindo os passos do controle de constitucionalidade, que como nos demais países, no Brasil não ocorreram em um momento, mas foi através de um processo, ao longo das Constituições Brasileiras.

A discussão sobre o tema, que não é recente, volta-se a Rui Barbosa, que defendia um sistema semelhante ao norte-americano.

Apesar das opiniões relevantes, tanto favoráveis como contrárias, as súmulas vinculantes, que até data de fechamento deste trabalho, já foram editadas 32, de temas diversos, vem se mostrando como meio efetivo de controle tanto de constitucionalidade, inclusive valorizando o princípio da igualdade, controlando a sobrecarga de processo idênticos na Justiça, e dando celeridade às decisões já pacificadas.

O presente trabalho buscou identificar, a evolução dos precedentes no Brasil, e a influência norte-americana no modelo ora adotado. Também, verificar os efeitos produzidos pela súmula vinculante criada através da Emenda Constitucional nº 45, sobre os sistemas de vinculação já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, onde se verificou que em cada um deles, houve mudanças para algumas maiores, como para as resoluções previstas no artigo 52 da Constituição Federal Brasileira de 1988, para outros menores, como para súmula impeditiva de recursos, que levou a algumas modificações no Código de Processo Civil, e nas decisões com repercussão geral, que podem está associada ao efeito vinculante. Assim, vários efeitos foram produzidos no sistema jurídico brasileiro com a edição das súmulas vinculante.

Vislumbra-se, entretanto, repercussão da súmula vinculante em relação ao controle de inconstitucionalidade por via exceção, pois, havendo súmula vinculante em matéria constitucional, o juiz de primeiro grau, deverá aplicá-la à questão suscitada no caso concreto. Em assim sendo, nessa matéria, a ação fica obstada de ter seu curso até o Supremo Tribunal Federal, e, conseqüentemente, não será objeto

de apreciação pelo Senado Federal para fins de Resolução. Há que reconhecer-se, que sob essa ótica, a súmula vinculante, fulmina muitas ações em seu nascedouro.

É grande a discussão, na seara jurídica, sobre a súmula vinculante 11 do Supremo Tribunal Federal, que trata do uso das algemas, questão que tem gerado controvérsias entre os vários juristas, tanto em razão da usurpação da função legislativa levada a efeito pelo Suprema Corte, com a edição da súmula, quanto se o uso das algemas fere o princípio constitucional que protege a dignidade humana.

JJ Calmon de Passos, (Gênesis, 1997) observa que, para se entender a súmula vinculante, a de ser ter em mente a precariedade e transitoriedade de todo conhecimento. De que o Direito, antes de ser um agente conformador da convivência social, é um instrumento assegurador dessa convivência, que se realiza através da impositividade do poder político institucionalizado, ao qual se vincula e do qual depende necessariamente. Sem poder institucionalizado não há impositividade e sem impositividade não há Direito. Citando *Bobbio*, afirma que só o poder cria o direito e só o direito limita o poder. Sendo que o Direito está diretamente relacionado com o conflito, e seu objetivo é solucionar conflitos, impositivamente, dentro dos limites politicamente estabelecidos.

Aduz, que não há Direito ideal, existe, apenas, um sistema jurídico, dentro do qual estamos inseridos e temos que estar em sintonia com o mesmo, agir de acordo com seus ditames, acompanhando seu desenvolvimento, pois, todo Direito é socialmente construído e historicamente formulado.

Com o Estado contemporâneo, o Direito, além da função de compor conflitos, urge a implementação de decisões políticas criando regras disciplinadoras do comportamento social, mas tal direcionamento do direito, não mudou o Estado de Direito, pois permaneceu válido o princípio de que à função legislativa, eminentemente política, cumpre definir diretrizes, princípios, regras e formular planos a que ficam submetidos os agentes públicos. Assim, o alargamento que se deu às funções do Estado, não importou em alteração de sua função de julgar, encontrando-se, ainda, voltada à solução dos conflitos.

Conclui por afirmar que o problema do efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores, decorre da lógica do sistema, só podendo existir dentro desta perspectiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONAVIDES, Paulo . Curso de Direito Constitucional. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Rideel, 2012.
- BRASIL. Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11/07/84). Legislação da Presidência da República.
- CALMON PASSOS, JJ. Súmula Vinculante. Revista Gênese de Processo Civil. Curitiba: 1997.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 18 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CATALANO, Fuentes. A reforma do judiciário no Congresso. Rio de Janeiro. Editora Destaque.
- FILIPPO, Thigo Baldani Gomes. A Necessidade de um Sistema Brasileiro de Precedentes Vinculantes. In Revista síntese de direito civil e processo civil. Vol. 12, nº 75, pag. 209-240, jan/fev. 2012.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. Direito Comparado. Texto de Sérgio Gilberto Porto sobre a *Common Law, Civil Law* e o precedente judicial, p. 761 a 776. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional São Paulo: Saraiva, 1996.
- MESSITTE, Peter J. A teoria dos precedentes no direito-americano. In Revista do TST, vol. 67, nº 4, pag. 92/97, out/dez. 2001.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- RIBEIRO, Leandro Molhano. Apostila Políticas públicas no Poder Judiciário. Instituto Ministro Juiz Vicente Cernicchiaro – EAJ- TJDF
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 5 ed. Porto Alegre:, Livraria do Advogado, 2007.62.
- SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9^a. ed. 3^a. tiragem. São Paulo: Malheiros, 04-1993.
- TAVARES, André Ramos. Nova Lei da Súmula Vinculante, estudos e comentários. 3^a ed. São Paulo: Método, 2009.
- VICENTE, Paulo e ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 5^a ed. São Paulo: Método. 2010.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 13^a. ed. São Paulo. Malheiros, 02-1997.

- Consultas online:

- WWW.stf.gov.br/pesquisa/jurisprudência Acessos : 01.03.2013 às 14hs.30min,
08.03.2013 às 18hs

- www.presidencia.gov.br Acessos: 01.03.2013 às 15hs, 08.03.2013 às 17hs.40min.