

1. Precedentes: conceito

Precedentes são os fundamentos universalizáveis de um julgado proferido por um tribunal dotado de autoridade para fazê-lo. São “as razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação de uma decisão” (Marinoni, Arenhart e Mitidiero). É a *ratio decidendi* que se extrai da justificação da decisão.

Precedentes não são teses jurídicas. Precedentes demandam a compreensão do direito à luz dos fatos. Há necessidade de recompreensão da ideia de que as cortes de precedentes não analisam fatos. A *ratio decidendi* envolve a análise da dimensão fático-jurídica da questão.

Os precedentes são as razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação da decisão. É o entendimento sobre o fundamento que vincula, não a decisão, porque esta interessa apenas às partes. É preciso diferenciar decisão do recurso de precedente, para que se saiba o que obriga os demais juízes.

Precedente é algo qualitativo, não quantitativo. O que interessa é que ele tenha razões determinantes suficientemente claras, adotadas pela maioria, passíveis de serem generalizáveis para outros casos.

Uma das principais características do sistema de precedentes é que ele restringe a liberdade do juiz, uma vez que exige, não apenas autoriza, a aplicação da mesma *ratio decidendi* a todos os casos análogos ou futuros que venham a existir. Isso milita em favor do princípio da isonomia.

Os problemas da falta de um sistema de precedentes afetam não apenas o processo civil, mas também o processo penal. Observe o seguinte problema, narrado pelo Procurador da República que atua na operação “Lava-Jato”, Deltan Dallagnol:

“A incoerente soltura de José Dirceu pelo Supremo

O que mais chama a atenção, hoje, é que a mesma maioria da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que hoje soltou José Dirceu – Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski – votaram para manter presas pessoas em situação de menor gravidade, nos últimos seis meses.

A história de Delano Parente

O ex-prefeito Delano Parente não teve a mesma sorte de José Dirceu. Ele foi acusado por corrupção, lavagem e organização criminosa. São os mesmos crimes de Dirceu, mas praticados em menor vulto e por menos tempo. Foram 17 milhões de reais, entre 2013 e 2015, quando Dirceu é acusado do desvio de mais de 19 milhões, entre 2007 e 2014, sem contar o Mensalão. O âmbito de influência de Delano era bem menor do que o de Dirceu. Chefiou o pequeno Município de 8.618 habitantes do interior do Piauí, Redenção do Gurgueia. Na data do julgamento no Supremo, em 7 de fevereiro de 2017, nem mais prefeito era. Contudo, todos os integrantes da 2ª Turma entenderam que sua prisão era inafastável. A decisão de prisão original estava assentada na prática habitual e reiterada de crimes.

O Ministro Dias Toffoli afirmou: “O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa.”

Após o texto, o réu Delano Parente, mencionado, impetrou um *habeas corpus* no STF, pedindo a extensão a si da decisão concedida em favor de Dirceu (HC 137.728). O ministro Dias Tóffoli, relator, não conheceu do pedido monocraticamente, em uma decisão de apenas duas páginas, composta majoritariamente de transcrição de outras decisões ao argumento (tecnicamente correto) de que a aplicação da tese adotada em um caso a outro não constitui pedido de extensão. A decisão cita, ainda, a ementa da decisão do HC original de Delano, nº 138.937, a qual confirma a tese de Dellagnol:

“Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido.

1. Inexiste ato configurador de flagrante constrangimento ilegal praticado contra o recorrente advindo do título prisional, que se encontra devidamente fundamentado, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder.

2. O Supremo Tribunal Federal já assentou o entendimento de que é legítima a tutela cautelar que tenha por fim resguardar a ordem pública quando evidenciada a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa”.

Para saber mais, acesse:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC137728extensao3.pdf>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344080>

O texto completo de Dallagnol, citando outros casos em que a mesma incoerência foi verificada, está disponível em <https://www.facebook.com/deltan.dallagnol/posts/a-incoerente-soltura-de-josé/1400091113367927/>

2. 2. Esclarecimentos conceituais

É preciso pontuar alguns conceitos fundamentais da teoria dos precedentes:

Ratio decidendi são as razões essenciais pelas quais a decisão do precedente foi tomada. São as razões sem as quais a conclusão do precedente não faz sentido. Para se constituir como *ratio*, essas razões devem ser adotadas pela maioria dos julgadores. Uma decisão cuja conclusão é unânime, mas os fundamentos de cada julgador são distintos, resolve o caso, mas não forma precedente.

A *ratio* não é um resumo da fundamentação, mas os argumentos que levam à conclusão. Os demais, são considerados obter *dicta*.

Obiter dictum – proposição não necessária para se extrair a conclusão – não forma precedente. O *obiter dictum* é o que é dito de passagem, como argumento de reforço, comparação ou explicação. Ele não compõe a causa que está sob decisão, nem é adotado pela maioria dos julgadores.

O exercício de identificação da *ratio decidendi* e dos *obiter dicta* é muito complexo é impreciso. De modo geral, os tribunais não indicam expressamente qual é a sua *ratio decidendi*, cabendo aos tribunais posteriores, que aplicarão o precedente, a sua interpretação e a identificação das razões determinantes ou acidentais.

Para saber mais, consulte:

https://en.wikipedia.org/wiki/Ratio_decidendi

https://en.wikipedia.org/wiki/Obiter_dictum

Jurisprudência é o entendimento jurídico que decorre da reiteração de julgados sobre o mesmo tema. Conceito quantitativo. Jurisprudência é uma palavra coletiva, que indica um conjunto de decisões orientadas no mesmo sentido. A interpretação desse conjunto faz perceber uma interpretação predominante daquele tribunal ou órgão julgador.

Súmulas são sínteses orientativas do entendimento de um tribunal, a partir do julgamento de casos. As súmulas não possuem um conteúdo próprio, nem podem ser editadas em abstrato. Elas surgem a partir da consolidação de uma interpretação no tribunal, com o exclusivo objetivo de permitir que o entendimento do tribunal seja conhecido com mais facilidade.

O problema é que, com o tempo, as súmulas vêm perdendo sua vinculação aos casos e contendo, cada vez mais, um teor jurídico inédito, que não se vincula propriamente à decisão que a originou. Esse fenômeno é altamente negativo e permite que o tribunal edite, de forma não democrática, uma norma de caráter abstrato, que inova na ordem jurídica. Em outras palavras, materialmente, uma lei.

Observe, abaixo, um trecho do debate do STF na aprovação da súmula vinculante 11:

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A oração final é: "... sob pena de responsabilidade disciplinar..." - porque envolve infração disciplinar -, "civil e penal do agente e da autoridade".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Por que não administrativa, Ministro Peluso, ao invés de disciplinar?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Disciplinar no sentido de administrativa.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque, talvez, administrativa é mais ampla.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E a parte final?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A parte final: "...bem como de nulidade da prisão ou do ato processual".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministro Marco Aurélio.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o teor, em si, é extraído do ordenamento jurídico.

Apenas estava conversando com o Ministro Peluso sobre o afastamento de um possível pretexto da autoridade policial para pôr as algemas - preservar a integridade física - o que é excepcionalíssimo - do próprio custodiado, do próprio preso, porque, nesse campo, o subjetivismo é que vai grassar, e continuaremos tendo a generalização do uso das algemas.

Não sei se deixaríamos, porque Vossa Excelência, Ministro Cezar Peluso, se refere à integridade...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - À integridade física própria ou alheia por parte do preso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Própria direciona ao conduzido.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É, mas pode ocorrer, Excelência.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Receio que seja uma alavanca para chegar-se sempre, sempre, à utilização das algemas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, mas o que me parece é que, qualquer que seja a redação que o Supremo dê, se o agente e a autoridade não quiserem cumprir, não será a redação que os vai impedir.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas não podemos raciocinar, também, com o excepcional, o teratológico, o extravagante. No mais, penso que, na substância, a redação está harmônica com as discussões travadas quando do julgamento do **habeas** referido e com a ordem jurídica, principalmente a constitucional.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Como é que poderíamos acrescentar aqui ou propor um enunciado autônomo?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Tenho para mim que a redação do Ministro Peluso atende a todas essas situações.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO - Pode repetir, Ministro **Peluso**? Vossa Excelência pode repetir?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - "Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente e da autoridade, bem como de nulidade da prisão, do ato processual...". Podemos acrescentar "sem prejuízo do registro".

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Em casos devidamente justificados.

3.

Como se observa, o debate entre os ministros é muito mais linguístico do que jurídico. Eles discutem a redação da súmula não a partir daquilo que foi decidido nos casos que a originaram, mas a partir da abrangência que pretendem dar ao texto. A conversa passaria, certamente, como se fosse um debate em um órgão legislativo.

Há, ainda, uma curiosidade: o Ministro Celso de Mello não raramente (uma vez no trecho transcrito, mas várias outras nesse e em outros debates) “censura” suas próprias falas, determinando que elas sejam retiradas do texto publicado da ata. Essa conduta é juridicamente discutível, uma vez que fere o princípio da publicidade e da fidelidade dos registros ao que foi efetivamente dito no evento. Repare no seguinte trecho, do mesmo debate:

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Perfeito. Depois, a Constituição, não satisfeita com essa determinação em prol da dignidade da pessoa humana, diz no inciso XLIX do mesmo art. 5o:

“XLXI - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;”

E não há dúvida de que o uso das algemas exacerba o estado de privação da liberdade com conseqüências 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.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É nesse sentido, é a prudente discricção.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Porque arbítrio, aqui, não é arbitrariedade.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ... - (cancelado)

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo também que a proposta do Ministro Cezar Peluso tem o mérito de obrigar que juiz, que determine o uso das algemas em qualquer dos presos, fundamente a sua decisão, fora do flagrante, portanto, para assegurar a ordem de uma audiência, ainda que processada perante o Tribunal do Júri.

Você considera aceitável essa conduta?

Para saber mais, veja:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13_Debates.pdf