

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 446

(ano VII)

(23/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



23/09/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [Estados e Municípios não podem legislar sobre Uber](#)

ARTIGOS

23/09/2015 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Apontamentos à Resolução da ONU nº 2.542/75: Ponderações à Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências](#)

23/09/2015 Rômulo de Andrade Moreira

» [Uma vitória pírrica: o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347](#)

23/09/2015 Leonardo Franco de Lima

» [A legalidade do direcionamento dos atendimentos dos usuários de planos de saúde](#)

23/09/2015 Jean Lucca de Oliveira Becker

» [O papel do Direito Ambiental como instrumento de emancipação dos Movimentos Sociais Rurais: um olhar sobre a importância da Função Social da Propriedade como fator de desenvolvimento socioambiental](#)

23/09/2015 Gisele Leite

» [O poder dos precedentes judiciais no CPC/2015](#)

23/09/2015 Ricardo Souza Calcini

» [Embargos de declaração e a impossibilidade de modificação de erro de julgamento](#)

ESTADOS E MUNICÍPIOS NÃO PODEM LEGISLAR SOBRE UBER

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor
Público do Estado do Espírito Santo.

Em quase tudo imitamos a legislação dos Estados Unidos da América, inclusive sua forma de subdivisão federativa. Acontece que nossa vigente Constituição Federal de 1988, assim como todas as outras que a antecederam, sempre mitigaram a autonomia administrativa, política e legiferante dos Estados-Membros, em prol da União. Por sua vez, os Municípios seriam quase um intruso no sistema federativo brasileiro, competindo-lhes apenas legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual.

Assim, a centralizadora Constituição Federal categoricamente prescreve que competirá privativamente à União, sem a participação de Estados e Municípios, legislar sobre direito comercial e do trabalho, trânsito e transporte. A expressão “privativamente” empregada pelo texto constitucional eliminar qualquer dúvida ou chance de outro Ente-Federativo dispor normativamente, de modo primário, sobre estes temas.

Destarte, caberá apenas à União, bem ou mal, estabelecer as normas gerais sobre direito comercial e do trabalho, trânsito e transporte. Sem excluir a competência secundária dos Estados, para regulamentar o tema. Restando aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber para atender às suas peculiaridades e à de seus municípios.

Sendo o aplicativo Uber matéria complexa afeta às searas do direito comercial e do trabalho, de trânsito e de transporte, compete ao Congresso Nacional, através de suas duas Casas Legislativas, a apresentação, discussão e votação de Projeto de Lei que verse sobre esse

tema, com a posterior sanção ou veto da Senhora Presidente da República. O que está fora deste processo legislativo constitucional padece de vício de inconstitucionalidade formal manifesto, devendo ser fulminado pelo Supremo Tribunal Federal qualquer legislação de categoria normativa subalterna.

Em quase todas as Assembleias Legislativas e em muitas Câmaras de Vereadores do País crescem os mais diversos Projetos de Lei legislando de modo primário e originário sobre o aplicativo Uber, com acalorados debates e discussões entre parlamentares locais, categorias profissionais interessadas e sociedade civil. A ponto de, em breve, o Brasil contar com vinte e sete legislações estaduais diferentes e independentes sobre o Uber, sem contar as milhares de leis municipais que se encorajarem a dispor sobre o tema mesmo na contramão da Constituição.

A demora do Congresso Nacional em regulamentar o tema não tem o condão de revogar as regras do processo legislativo constitucional. Só uma Lei Complementar Federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União. Quanto aos Municípios, estes jamais terão esta oportunidade legislativa sob a égide desta Constituição Federal.

Igualmente, quem não pode legislar sobre determinada matéria não poderá estabelecer proibições ou limitações ao seu exercício pelo cidadão. A regra de nossa ordem econômica nacional é a livre iniciativa. Qualquer restrição a este valor constitucional de larga envergadura humanística e universal, pela União, deverá atender aos interesses da coletividade e aos ditames da justiça social.

APONTAMENTOS À RESOLUÇÃO DA ONU Nº 2.542/75: PONDERAÇÕES À DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam

especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Pessoas Portadoras de Deficiências. Reconhecimento Internacional.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Apontamentos à Resolução da ONU nº 2.542/75: Ponderações à Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão

do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade

contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos

inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também

limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”*[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a

obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos*”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado

com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que florescia.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um

governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com

efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[28] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete

artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31]e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “*Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade*”[34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase

nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados*”[36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação,

melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente “*ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais*”[38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais[40].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e

sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condi es materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira gera o. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal interven es na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posi o de Estado liberal, isto  , o ente estatal alheio   vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e prote o contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família,   educa o,   propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicaliza o.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo   sendas da História   paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira gera o enfrentou problemas do arb rio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valora o dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”*[44]ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima

dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[45].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*[46]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero*

humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta[47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Apontamentos à Resolução da ONU nº 2.542/75: Ponderações à Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências

Em um primeiro momento, cuida reconhecer que a Resolução da ONU nº 2.542/75, responsável por promulgar a Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências, estabelece que o termo pessoa portadora de deficiência, identifica aquele indivíduo que, devido a seus "déficits" físicos ou mentais, não está em pleno gozo da capacidade de satisfazer, por si mesmo, de forma total ou parcial, suas necessidades vitais e sociais, como faria um ser humano normal. Os direitos proclamados na declaração em comento são aplicáveis a todas as pessoas com deficiências, sem discriminação de idade, sexo, grupo étnico, nacionalidade, credo político ou religioso, nível sociocultural, estado de saúde ou qualquer outra situação que possa impedi-la de exercê-las, por si mesmas ou através de seus familiares. Ao lado do esposado, às pessoas portadoras de deficiências, assiste o direito, inerente a todo a qualquer ser humano, de ser respeitado, sejam quais forem seus antecedentes, natureza e severidade de sua deficiência. Elas têm os mesmos direitos que os outros indivíduos da mesma idade, fato que implica desfrutar de vida decente, tão normal quanto possível.

As pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos civis e políticos que os demais cidadãos. O § 7º da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes mentais, serve de pano de fundo à aplicação desta determinação. As pessoas

portadoras de deficiências têm o direito de usufruir dos meios destinados a desenvolver-lhes confiança em si mesmas. As pessoas portadoras de deficiências têm direito a tratamento médico e psicológico apropriados, os quais incluem serviços de prótese e órtese, reabilitação, treinamento profissional, colocação no trabalho e outros recursos que lhes permitam desenvolver ao máximo suas capacidades e habilidades e que lhes assegurem um processo rápido e eficiente de integração social. As pessoas portadoras de deficiências têm direito à segurança econômica e social, e, especialmente, a um padrão condigno de vida. Conforme suas possibilidades, também têm direito de realizar trabalho produtivo e remuneração, bem como participar de organizações de classe.

As pessoas portadoras de deficiências têm direito de que suas necessidades especiais sejam levadas em consideração, em todas as fases do planejamento econômico-social do país e de suas instituições. As pessoas portadoras de deficiências têm direito de viver com suas próprias famílias ou pais adotivos, e de participar de todas as atividades sociais, culturais e recreativas da comunidade. Nenhum ser humano em tais condições, deve estar sujeito a tratamento diferente de que for requerido pela sua própria deficiência e em benefício de sua reabilitação. Se for imprescindível sua internação em instituições especializadas, é indispensável que estas contem com ambiente e condições apropriadas, tão semelhantes quanto possível aos da vida normal das demais pessoas da mesma idade.

As pessoas portadoras de deficiências têm direito à proteção contra qualquer forma de exploração e de tratamento discriminatório, abusivo ou degradante. As pessoas portadoras de deficiência têm direito de beneficiar-se da ajuda legal qualificada que for necessária, para proteção de seu bem-estar e de seus interesses. As organizações em prol das pessoas portadoras de deficiência, devem ser consultadas em todos os assuntos referentes

aos direitos que concernem a tais indivíduos. As pessoas portadoras de deficiência, seus familiares e a comunidade devem estar plenamente informados através de meios de comunicação adequados, dos direitos proclamados na declaração em comento.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 11 ago. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 11 ago. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **JusNavigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 11 ago. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **JuridPublicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio.

Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 ago. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 11 ago. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 11 ago. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido

conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou

pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e

evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 11 ago. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, 2003, s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, 2003, s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 11 ago. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso

nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

UMA VITÓRIA PÍRRICA: O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador-Geral de Justiça Adjunto para Assuntos Jurídicos na Bahia. Foi Assessor Especial da Procuradoria Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex- Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador - UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador - UNIFACS (Curso então coordenado pelo Jurista J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim. Integrante, por quatro vezes, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação dos Cursos JusPodivm (BA), Praetorium (MG), IELF (SP) e do Centro de Aperfeiçoamento e Atualização Funcional do Ministério Público da Bahia. Autor das obras "Curso Temático de Direito Processual Penal" e "Comentários à Lei Maria da Penha" (este em coautoria com Issac Sabbá Guimarães), ambas publicadas pela Editora Juruá, 2010 (Curitiba), além de coordenador do livro "Leituras Complementares de Direito Processual Penal", publicado pela Editora JusPodivm, 2008 (estando no prelo a 2ª edição). Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados no Brasil.

Em junho de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347 pedindo que se reconheça a violação de direitos fundamentais da população carcerária e, diante disso, imponha a adoção de providências para sanar lesões a preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal, decorrentes de atos e omissões dos poderes públicos da União, dos estados e do Distrito Federal no tratamento da questão prisional no País.

Segundo o Partido Político, a Ação Constitucional é o instrumento mais adequado para este fim, na medida em que não faltam normas jurídicas garantindo o respeito aos direitos humanos dos presos,

mas sim “vontade política” para implementá-las: *“Não há cenário fático mais incompatível com a Constituição do que o sistema prisional brasileiro. O problema é sistêmico e decorre de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos estados e do Distrito Federal. A gravidade do quadro e a inapetência dos poderes políticos, da burocracia estatal e das demais instâncias jurisdicionais para enfrentá-lo evidenciam a necessidade de intervenção do STF”*.

Na inicial, sustenta-se que o equacionamento do que o *“estado de coisas inconstitucional”* do sistema penitenciário envolverá necessariamente a realização de despesas voltadas à criação de novas vagas prisionais, à melhoria das condições dos estabelecimentos existentes e dos serviços prestados aos detentos. Para exemplificar o *“abismo”* entre norma e realidade, são listados alguns dos principais problemas do sistema carcerário, como superlotação (que qualifica de mais grave), dificuldade de acesso à justiça, falta de assistência aos detentos, direito à educação e ao trabalho e tortura, sanções ilegítimas e uso da força.

Também é apontado o elevado número de presos provisórios como um dos mais graves problemas do sistema prisional: *“Há consenso de que muitas dessas pessoas não deveriam estar presas. Existe, no Brasil, uma banalização na decretação das prisões processuais, o que, além de violar os direitos à liberdade e à presunção de inocência, agrava significativamente o quadro de superlotação do nosso sistema carcerário”*. Entre as medidas que o Supremo deve impor aos poderes públicos, segundo o Partido Político, estão a elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial; a realização de audiências de custódia; a exigência de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão e a imposição de penas proporcionais à gravidade do ilícito cometido.

Pede-se, por fim, a concessão de liminar para que, entre outras medidas, todos os juízes e tribunais motivem expressamente as razões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão e passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do

sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal. No mérito, o partido pede ao Supremo que julgue a ação procedente e determine ao governo federal que elabore e encaminhe à Corte, em três meses, um plano nacional visando à superação dos problemas apontados, dentro de um prazo de três anos. O relator é o Ministro Marco Aurélio.

Pois bem.

No dia 27 de agosto de 2015 o Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento da cautelar na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Após o voto do relator da ação, o julgamento foi suspenso. O relator votou no sentido de determinar aos Juízes e Tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade; que passem a realizar, em até 90 dias, audiências de custódia, com o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão. À União, o relator determina que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

O Ministro Marco Aurélio observou que o tema do sistema prisional está na “*ordem do dia*” do Tribunal, e tem sido matéria de várias ações, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5170, que discute direito de indenização de presos por danos morais, o Recurso Extraordinário nº. 592581, que discute a possibilidade de o Judiciário obrigar os estados e a União a realizar obras em presídios e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5356, sobre a inconstitucionalidade de norma que estabelece o bloqueio de sinal de rádio e comunicação em área prisional.

De acordo com o Ministro, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos: “*Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males*”, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. “*O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema*”, afirmou.

Nesse contexto, o Ministro declarou que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. “*A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social*”, disse.

Para o Ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. “*A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal*”, afirmou. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas

quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “*Falta coordenação institucional*”. Afirmou, ainda, ser papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “*Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional*”, concluiu.

No dia 03 de setembro de 2015, foi retomado o julgamento da medida cautelar. Nesta oportunidade, o Ministro Edson Fachin seguiu, *em parte*, o voto do Ministro Marco Aurélio, considerando que a ação deve ser admitida e, quanto à cautelar, propôs o acolhimento de pedidos referentes a audiência de custódia, mutirão carcerário e fundo penitenciário. Ele votou pela concessão da medida para determinar a todos os juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. O Ministro também entendeu que o Conselho Nacional de Justiça deve coordenar mutirões carcerários, “*a fim de viabilizar a revisão de todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa*”. Em seu voto, o Ministro Fachin determinou, ainda, o descontigenciamento das verbas existentes no fundo penitenciário, cabendo à União providenciar o cumprimento da decisão em até 60 dias a partir da publicação do acórdão.

O Ministro Luís Roberto Barroso também votou no sentido da concessão da cautelar *quanto aos três pontos*, apenas ampliando o prazo de cumprimento para um ano e acrescentando que também os Tribunais de Justiça realizem mutirões carcerários. Além disso, concedeu de ofício a cautelar para determinar que o Governo Federal encaminhe ao relator, no prazo de um ano, diagnóstico da situação em termos quantitativos e pecuniários, para que a Corte tenha elementos adequados para julgar o mérito da ação.

O Ministro Teori Zavascki votou pelo deferimento da cautelar para determinar a realização de audiências de custódia o mais breve possível, segundo os critérios do Conselho Nacional de Justiça, que futuramente deverá normatizar a questão. Também concedeu o pedido quanto ao fundo penitenciário, a fim de que não ocorra contingenciamento pelo Poder Executivo. *“Aparentemente o problema está na falta de projetos, e não na falta de dinheiro, mas essa tese eu já ouvi em outras oportunidades, e concordo que seja uma medida adequada”*, disse.

Finalmente, no último dia 09 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal **concedeu parcialmente** a cautelar, a fim de determinar aos Juízes e Tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão. Os Ministros também entenderam que deve ser liberado, sem qualquer tipo de limitação, o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, proibindo a realização de novos contingenciamentos.

Por maioria dos votos, a Corte acolheu proposta do Ministro Luís Roberto Barroso para determinar à União e ao Estado de São Paulo que forneçam informações sobre a situação do sistema prisional. Vencidos, neste ponto, os Ministros Marco Aurélio (relator), Cármen Lúcia e o Presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski. Durante a sessão, votaram seis Ministros: Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o relator ao deferir os pedidos quanto à audiência de custódia, com observância dos prazos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça e ao contingenciamento de recursos, acolhendo o prazo de 60 dias, sugerido pelo Ministro Edson Fachin. O Ministro Luiz Fux seguiu integralmente o voto do relator. Ele considerou que alguns Juízes não motivam suas decisões, apesar da exigência legal. *“Portanto, há um estado de coisas inconstitucional”*, disse

o Ministro, ao ressaltar a importância de o Supremo analisar a questão, uma vez que o acórdão da Corte deve ter efeito pedagógico.

Ao votar no mesmo sentido do relator, a Ministra Cármen Lúcia ressaltou a necessidade de haver um diálogo com a sociedade a respeito do tema. Segundo ela, existem no país 1.424 unidades prisionais, das quais apenas quatro são federais. *“Ou seja, os estados respondem pelos presos que deveriam ser de responsabilidade da União”*, afirmou ao apresentar alguns dados sobre o sistema. *“Os números demonstram o estado de coisas inconstitucional”*, acrescentou. Ela citou a experiência de parceria público-privada em penitenciária de Minas Gerais. *“Apesar dos problemas, acho completamente diferente de tudo o que eu já visitei no país”*. De acordo com a Ministra, a situação de urgência deve ser superada. Novos modelos devem ser pensados para se dar cumprimento às leis. *“Faliu esse tipo de penitenciária que vem sendo feita”*.

O Ministro Gilmar Mendes votou pelo deferimento do pedido cautelar quanto à obrigação da realização das audiências de custódia e em relação ao descontingenciamento do fundo penitenciário. Ele avaliou que a utilização da tecnologia da informação na execução penal apresentaria muitos benefícios, entre eles, estatísticas confiáveis da situação prisional do país, tendo em vista que atualmente existem dados incompletos e defasados, afirmando não haver dúvida de que os Juízes devem considerar a situação prisional na decisão judicial. Nesse sentido, propôs a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento.

O relator foi acompanhado integralmente pelo Ministro Celso de Mello. Para ele, os recursos direcionados ao sistema prisional não pode ter outra destinação. *“Os recursos financeiros que integram o fundo penitenciário nacional têm uma vocação própria, uma destinação específica e com essas medidas de bloqueio de recursos subverte-se a função precípua que justifica a imposição da sanção penal”*, destacou o Ministro Celso de Mello.

O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator. Assim como outros Ministros, ele reconheceu, no caso, o "*estado de coisas inconstitucional*", ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. "*Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro*", afirmou.

Por que uma vitória de Pirro? Porque o Supremo Tribunal Federal apenas concedeu parcialmente a cautelar em relação às audiências de custódia, cuja previsão já está estampada no art. 7º. da Convenção Americana dos Direitos Humanos (e implementadas na maioria dos Estados) e para determinar o descontingenciamento do fundo penitenciário (o que já está, de certa forma, disposto na lei - FUNPEN -, falta cumprir). Ou seja, das oito cautelares requeridas na petição inicial, apenas duas foram deferidas.

Assim, nada obstante todos os Ministros reconhecerem o "*estado de coisas inconstitucional*" em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro, ignoraram solenemente a imposição da elaboração e implementação de planos pela União e Estados, sob monitoramento judicial, além da exigência de fundamentação das decisões que não aplicarem medidas cautelares diversas da prisão e a imposição de penas proporcionais à gravidade do ilícito cometido.

Ademais, também não se tratou da questão relativa à exigência de motivação expressa das decisões que impossibilitam a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão e passem a considerar fundamentadamente o dramático quadro fático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal.

Aguardemos, então, o julgamento do mérito. Por enquanto, repetimos, apenas uma vitória de Pirro.[\[1\]](#)

NOTA:

[1] A expressão "vitória de Pirro" vem de uma história que se conta a respeito do Rei de Épiro (319-272 a.C), no noroeste da Grécia, desde a Batalha de Ásculo em 279 aC. Quando alguém lhe deu os parabéns pela vitória sobre as legiões romanas (ele foi um dos raros Generais que, efetivamente, derrotaram um exército romano, nada obstante à custa de muitos soldados), Pirro respondeu: "*Outra vitória dessas vai ser minha ruína!*"

A LEGALIDADE DO DIRECIONAMENTO DOS ATENDIMENTOS DOS USUÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE

LEONARDO FRANCO DE LIMA: Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Advogado e Professor de Direito Constitucional da FMU.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 franqueou à iniciativa privada, dentre outras maneiras, participar do sistema de saúde de forma suplementar através da disponibilização de planos de assistência à saúde aos consumidores em geral. Assim, ao mesmo tempo em que o Texto Maior assegura a inserção das operadoras de planos de saúde neste ramo (art. 199), também impõe limites para sua atuação através de Mercado regulado e fiscalizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), objetivando a proteção aos consumidores e à sociedade de forma geral, bem como buscando o equilíbrio contratual através de diversos instrumentos de regulação, dentre eles o “direcionamento”.

INTRODUÇÃO.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, permitiu à iniciativa privada participar do sistema de saúde, tanto em sua forma complementar, atuando junto ao sistema público de saúde, através de celebração de contrato público ou convênio com a Administração ou de maneira suplementar através da oferta de planos de saúde pelas empresas operadoras aos consumidores em geral.

Para regular a atuação da iniciativa privada no campo da saúde, posto que trata-se de segmento estratégico de política social do Estado, a Lei nº 9.961/2000, criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar, autarquia sob o regime especial, vinculada ao

Ministério da Saúde, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

No entanto, vale mencionar que antes mesmo da criação do órgão regulador – ANS – o Mercado da Saúde Suplementar, que há décadas era auto regulado pelas “leis de mercado”, passou a ser disciplinado pela Lei nº 9.656/98, sendo, no entanto, modificada para harmonizar suas regras e princípios com a lei que instituiu a aludida agência.

A ANS tem como objetivo institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulado as operadoras que nele operam, inclusive na esfera consumerista, constituindo um sistema indispensável ao sistema de saúde de todo o país.

O legislador ordinário, calcado na Constituição Federal, estabeleceu diversas atribuições à ANS, mas para fins deste trabalho destacam-se: a elaboração de rol obrigatório de observância de todas as operadoras; bem como o estabelecimento de normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde.

1. DOS MECANISMOS DE REGULAÇÃO DE SAÚDE SUPLEMENTAR.

Como mencionado, no que tange ao mercado de saúde suplementar, a Lei nº 9.656/98 outorgou à Agência de Saúde Suplementar – ANS a competência de instituir e disciplinar mecanismos próprios com a finalidade de equilibrar as relações jurídicas estabelecidas entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores, com relevante interesse coletivo, no que se refere à oferta, procura e utilização dos serviços suplementares de saúde,

normatizando institutos contratuais peculiares deste setor sócio-econômico, a teor do disposto no artigo 1º, § 1º, alínea “d”, da Lei nº 9.656/98:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

§ 1º **Está subordinada às normas e à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS qualquer modalidade de produto, serviço e contrato** que apresente, além da garantia de cobertura financeira de riscos de assistência médica, hospitalar e odontológica, outras características que o

diferencie de atividade exclusivamente financeira, tais como:

- a) custeio de despesas;
- b) oferecimento de rede credenciada ou referenciada;
- c) reembolso de despesas;
- d) mecanismos de regulação;**

Dentre os diversos mecanismos de regulamentação da saúde suplementar tem-se, por exemplo: (a) autorizações prévias para procedimentos médicos específicos; (b) o direcionamento; (c) a porta de entrada; (d) franquia; (e) coparticipação; (f) deveres das operadoras e; (g) proibições estabelecidas às operadoras.

Desses mecanismos de regulação interessa ao presente estudo o “direcionamento”, também denominado de referenciamento ou hierarquização de acesso. Esse mecanismo de regulação refere-se à permissão que o Estado confere às operadoras de planos de saúde de impor aos seus usuários a realização de consultas, exames ou internação em sua rede credenciada ou referenciada.

Isto é, para a fruição dos serviços contratados pelos usuários junto às operadoras de planos de saúde, os beneficiários somente poderão se valer da rede credenciada ou referenciada, que deverão custear todos os procedimentos de coberturas obrigatórias estabelecidos e periodicamente atualizados pela ANS (atualmente em vigor a RN nº 338/2013, atualizada pela RN nº 349/2014).

Vale destacar que nos casos em que o usuário do plano de saúde pretender a realização de qualquer procedimento por profissional e/ou estabelecimento não integrante da rede credenciada pela operadora, esta deverá assumir o ônus financeiro

de tais serviços, limitando sua responsabilidade aos valores usualmente praticados junto aos seus credenciados, como se verifica do art. 12, inciso VI, da Lei nº 9.656/98, *in verbis*:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

(...)

VI - reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; (destaque não original)

O fundamento para que uma operadora de plano de saúde tenha que assumir o pagamento de serviços prestados por estabelecimento não integrante da sua rede de credenciados é o da existência de situações excepcionais de urgência/emergência que

não possibilitam a utilização daqueles, retirando do beneficiário a opção de livre escolha para o atendimento.

Cediço que os contratos de assistência à saúde dispõem que os beneficiários dos planos de saúde serão atendidos em hospitais e por médicos credenciados de acordo com as categorias dos planos contratados, limitação esta não abusiva, vez que as operadoras atuam com base em cálculos de riscos compatíveis com os prêmios (cálculos atuariais), estabelecendo um equilíbrio entre o que é pago pelos beneficiários e o que é assumido por elas.

Nesse sentido, são as lições trazidas por **Leonardo Vizeu Figueiredo**^[1] em sua festejada e completa obra, recorrentemente citada pelo Judiciário:

O direcionamento, referenciamento ou hierarquização de acesso consiste em impor que a realização de consultas, exames ou internação previamente determinados na rede credenciada ou referenciada. Cuida-se da definição pela operadora de que determinados procedimentos só podem ser obtidos pelo beneficiário em prestadores credenciados ou referenciados indicados e preestabelecidos.

Destarte, o consumidor só pode realizar determinados procedimentos no credenciado/referenciado escolhido pela operadora. Ressalte-se que o direcionamento não desonera a operadora de seu dever de atendimento, tampouco de seu dever de cobertura financeira, quando o consumidor opta por profissional médico não credenciado. Todavia, somente ficará obrigada a reembolsar o valor de tabela que seria devido ao profissional

da rede da operadora, ficando o ônus financeiro residual às expensas do consumidor.

E o ilustre doutrinador acrescenta:

A atuação do ente regulador deve ser efetuada no sentido de se garantir o cumprimento das cláusulas contratuais, bem como a fiel observância dos comandos legais, a fim de que a proteção ao consumidor não se traduza em paternalismo injustificável e fator de majoração no custo do plano, em virtude do aumento do risco moral do negócio.

Portanto, é manifesta a relevância da ANS, dentre outras diversas finalidades institucionais, a de delimitar e orientar sobre os procedimentos que devem ser custeados pelas operadoras de planos de saúde de forma obrigatória, já que essa normatização é ponto de partida das operadoras no momento da elaboração e na negociação dos contratos.

É notório que as operadoras de planos de saúde disponibilizam ao mercado diversas modalidades de planos de saúde em relação à sua abrangência territorial; rede credenciada; procedimentos; reembolsos, nos casos de seguro-saúde; etc. e cada qual possui um determinado preço.

Compelir o plano de saúde a custear o tratamento pretendido fora de sua rede credenciada e/ou fora dos padrões dos honorários praticados pela operadora acarreta, a médio e longo prazo, a inviabilização da atividade econômica, com efeitos nefastos para toda a sociedade em diversas esferas (saúde, trabalhista, tributária, etc.), como já presenciada a derrocada de diversas operadoras, como a recente determinação da alienação compulsória da carteira de clientes da Unimed Paulista pela ANS^[2], com manifestos efeitos

deletérios não apenas aos médicos cooperados, mas aos demais prestadores e muito mais aos consumidores. Esse é o efeito *backlash* da inobservância dos instrumentos regulatórios que visam a dar equilíbrio e segurança ao sistema de saúde, que será objeto de outro artigo.

Além disso, é público e notório que, por decisões judiciais, a todo o momento as operadoras se vêm obrigadas a custear evento não incluído pela lei, pelas normas da ANS, tampouco pelo contrato, acarretando evidente prejuízo a todos os demais usuários-consumidores de planos de saúde que serão onerados com o aumento dos prêmios e/ou mensalidades, numa verdadeira socializaçãodos prejuízos, o que se mostra incompatível com a decisão política fundamental adotada pelo constituinte originário que alçou o livre mercado como princípio constitucional.

Essa situação, certamente, acarretará a opção, pelos consumidores, de contratar planos de mensalidades menores e depois buscar o afastamento de todas as limitações previstas junto ao Judiciário, transformando o “Sistema Suplementar de Saúde” em verdadeiro “Sistema Universal de Saúde”, sendo defeso ao Poder Judiciário criar obrigações contratuais inexistentes, pelo contrário, é seu mister coibir o abuso de direito.

Ressalta-se que o acesso universal e gratuito à saúde é dever do Estado, como cânone constitucional (artigos, 6º, 196 e seguintes, da Constituição Federal) e não dos particulares no livre exercício da atividade econômica.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA E FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIOS INDISPENSÁVEIS PARA O EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DOS CONTRATOS.

Os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos têm, em diversos casos, sido distorcidos como preceitos

aptos apenas a privilegiar, nos casos dos contratos em análise, os usuários de planos de saúde (consumidores) e não a estabelecer o equilíbrio contratual, a verdadeira razão pela qual foram inseridos em nosso ordenamento jurídico.

Em relação à boa-fé objetiva que deve nortear todos os contratos, inclusive aqueles de natureza consumerista, **Gustavo Tepedino**^[3] leciona:

(...) a boa-fé objetiva consiste em um dever de conduta. **Obriga as partes a terem comportamento compatível com os fins econômicos e sociais pretendidos objetivamente pela operação negocial.** No âmbito contratual, portanto, o princípio da boa-fé impõe um **padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação,** com consideração aos **interesses comuns,** em vista de se alcançar **o efeito prático que justifica a própria existência do contrato.**

(...)

A boa-fé contratual traduz-se, pois, na imposição aos contratantes de um agir pautado pela ética da igualdade e da solidariedade. **Ao perseguir seus interesses particulares, devem as partes de um contrato conferir primazia aos objetivos comuns e, se for o caso, às relações existenciais sobre as patrimoniais, e à preservação da atividade econômica em detrimento da vantagem individual.** (g.n.)

Assim, a boa-fé objetiva, como parâmetro de interpretação do contrato, perfaz “(...) mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar”[4].

Imagine a situação hipotética em que determinado indivíduo, acometido de tetraplegia oriundo de acidente de automobilístico, celebre contrato de assistência à saúde com certa operadora para pagamento de mensalidade de R\$ 200,00 (duzentos reais). Dessa forma, ao contratar o plano de saúde o consumidor tem o conhecimento de sua patologia, da rede credenciada disponibilizada e em alguns casos do limite territorial do contrato e que as mensalidades, depois de cumpridos os prazos de carência, lhe gerariam direito a fruição de todos os serviços contratados. Considere-se ainda que é vedado aos planos de saúde recusar o ingresso de qualquer consumidor no seu quadro de usuários[5].

Dentro desse cenário, não há que se falar em abusividade das cláusulas que estabelecem os limites apontados no parágrafo anterior para a fruição dos serviços contratados, até porque a mensalidade estipulada guarda relação com o cálculo atuarial em virtude do risco assumido, como permitido pela Lei nº 9.656/98, Código de Defesa do Consumidor e as normas regulamentares da ANS. Interpretar de modo diverso representará manifesto paternalismo não amparado pelo ordenamento jurídico, além de transformar o Setor de Saúde Suplementar em verdadeiro Segurador Universal. O que o CDC veda, de fato, é a presença de cláusulas dúbias, omissas e abusivas e não aquelas limitativas dos serviços oferecidos, próprias dos contratos de assistência à saúde e regulamentados pela ANS.

Como atender os interesses comuns no contrato em tela e, assim, respeitar a boa-fé objetiva?

A resposta é simples, em regra, os usuários dos planos de saúde podem exigir das operadoras a realização de todos os serviços previstos no rol de procedimentos obrigatórios divulgados pela ANS junto à rede credenciada de seu plano.

Dessa feita, a pretensão, como corriqueiramente se verifica, de realizar procedimento médico fora da rede credenciada do plano de saúde, a despeito de por disponibilizado, é manifestamente abusiva, haja vista que submete as operadoras a arcar com custos de preços estabelecidos unilateralmente por hospitais, clínicas, médicos, etc..

O que se verifica em muitas demandas é a pretensão de diversos consumidores em obter benefício não contratado, em manifesta contradição de posturas (uma no momento da contratação e outra no momento da execução do contrato), não observando a confiança e o dever de lealdade que devem nortear toda relação contratual.

Nesse contexto, a doutrina desenvolveu e o Judiciário incorporou a máxima *venire contra factum proprium non potest* que segundo **Flávio Tarctuce**[\[6\]](#):

(...) determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva, depositada quando da formação do contrato.

Esse princípio, correlato à boa-fé objetiva foi reconhecido na IV Jornada de Direito Civil, através do Enunciado 362, do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil.”

É notório que há no Judiciário enxurradas de ações com a alegação de abusividade de cláusulas contratuais que limitam a fruição dos serviços pactuados, mas esta deve ser avaliada ainda em razão da função social dos contratos. Isso porque, limitar os serviços a serem oferecidos dentro das regras impostas pelo agente regulador (ANS) e proporcionalmente atrelados às mensalidades pagas é inerente aos contratos de assistência à saúde.

Desses contratos se espera a cobertura de procedimentos médicos, hospitalares, laboratoriais, etc. pela operadora e o pagamento correspondente pelo beneficiário, observando-se os limites dos serviços contratados. Não se pode negar que o seu equilíbrio econômico-financeiro tem repercussão direta em todos os demais usuários de determinado plano de saúde. A oneração do mesmo em procedimentos não abrangidos na contratação acarretarão consequências aos demais consumidores que verão suas mensalidades majoradas para restabelecer o equilíbrio ou até mesmo poderá ocasionar a inviabilidade financeira da operadora (função social externa dos contratos).

Nesse diapasão o Ministro **Marco Aurélio Mello** entende que “a higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro-saúde.”^[7]

Portanto, para que o contrato de assistência à saúde atenda a sua função social é indispensável o equilíbrio entre as coberturas dos serviços ofertados pela operadora e a contraprestação mensal paga pelo consumidor.

Nesse passo, a pretensão da realização de procedimento em profissional e/ou estabelecimento não integrante da rede credenciada com assunção da integralidade do ônus financeiro do tratamento pela operadora não atende à função social do contrato,

posto que acarretará o desequilíbrio econômico-financeiro, com manifesto prejuízo aos demais usuários integrantes da massa.

Não se nega que a interpretação de cláusulas ambíguas ou contraditórias estipuladas nos contratos de adesão devam ser interpretadas favoravelmente aos aderentes (art. 423 do CC e 47 do CDC). Combate-se, no entanto, o desrespeito às limitações contratuais impostas de forma clara e destacada.

Sem a pretensão de mitigar a proteção ao consumidor, ela deve ser adequada e proporcionalmente fundamentada, como levada à efeito nos casos expostos, sob pena de soçobrar. O STJ já teve a oportunidade de se manifestar quando expôs: “os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão somente, que ‘ as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão. Destarte, **ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato**”. (STJ, 3ª T., Resp 319.707, Rel. p/ AC. Min. Castro Filho, J. 07.11.2002, DJ 28.04.2003) (g.n)

3. O DIRECIONEMTNO E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Em situações que envolvem as questões objeto deste artigo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, corrigindo o excessivo paternalismo havido no seio dessas questões atinentes à saúde, sedimentou entendimento segundo o qual, os usuários dos planos de saúde não podem exigir que as operadoras custeiem procedimentos médicos, hospitalares, laboratoriais, etc. fora de sua rede credenciada ou cobertura não contratada.

E mais! Esse mesmo Sodalício manifestou que nas hipóteses em que os usuários pretendam realizar tratamentos/procedimentos em profissionais não integrantes da rede credenciada da operadora contratada, esta se limitará ao pagamento dos honorários por ela praticados junto aos profissionais/estabelecimentos filiados.

Seguem as ementas de alguns julgados que corroboram as assertivas acima:

EMENTA: Plano de saúde. Cobertura em hospital não integrante da rede credenciada que é apenas admitida em situações excepcionais de urgência/emergência que não possibilitam a utilização dos prestadores de serviços do plano de saúde, retirando do beneficiário a opção de livre escolha para o atendimento. Apelante que estava internada e recebendo os cuidados necessários à preservação da sua vida. Transferência para o hospital Samaritano de São Paulo que se deu por liberalidade. Ausência de pedido prévio de autorização e de demonstração de que os credenciados não pudessem proporcionar o mesmo tratamento.

Cobertura. Plano de saúde que deve assumir os custos da internação até o limite que arcaria se fosse realizada em hospital credenciado.

Sucumbência recíproca. Divisão das custas e despesas processuais e da verba honorária em partes iguais e compensáveis. Possibilidade, ainda que uma das partes seja beneficiária da justiça gratuita.

Recurso parcialmente provido. (TJ/SP, Apelação nº 1005701-97.2014.8.26.0562, Rel. Des. Araldo Telles, v. u., J. 30.06.2015).

PLANO DE SAÚDE **-Realização de procedimento cirúrgico em hospital não credenciado - Inexistência de indícios de que a operadora ré não tinha condições técnicas para realizar o tratamento em hospital credenciado** - Autor e seu falecido esposo que optaram por realizar o procedimento cirúrgico junto ao Hospital Albert Einstein, conhecido pela excelência e custos elevados, com perfeito conhecimento da ausência de cobertura no padrão de plano contratado - Determinação de reembolso das despesas havidas fora da rede credenciada, limitadas ao valor que seria gasto dentro da rede credenciada, de modo a evitar o enriquecimento sem causa da operadora - Cessão de carteira de clientes de plano de saúde Inexistência de transmissão de obrigações já vencidas em relação ao cedente para o cessionário, na inexistência de previsão expressa a respeito - Reconhecimento da ilegitimidade passiva da corré SÃO FRANCISCO. Manutenção da extinção da ação em face da São FRANCISCO - Ação parcialmente procedente em face da MEDES CLÍNICA MÉDICA - Recurso da autora improvido - Recurso da ré parcialmente provido. (Apelação n. 0003589-93.2009.8.26.0160, Rel. Des. Francisco Loureiro, 6º Câmara de Direito Privado do TJSP, julgado em 31/01/2013. No mesmo sentido: Apelação n. 025633-68.2004.8.26.0100,

Rel. Des. Silvério da Silva, 8ª Câmara de Direito Privado do TJSP, julgado em 30/10/2013.)

EMENTA PLANO DE SAÚDE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Improcedência - **Recusa da associação de assistência à saúde em arcar com os custos oriundos de consultas e exames em favor do beneficiário do plano (filho do autor) Médicos e laboratórios não pertencentes à abrangência geográfica do contrato Ausência de abusividade** - Conjunto probatório indicativo de que a ré disponibilizou ao autor, fora de sua área geográfica, clínica e médico credenciados aptos a realizar o atendimento ao segurado que, conforme se extrai dos autos, não era emergencial. **Autor que, por livre escolha, levou o filho para ser atendido por médico não credenciado. Ausência de abusividade, por parte da ré.** Ato ilícito não configurado (o que afasta a pretensão reparatória a título de danos morais e também materiais) Precedentes - Sentença mantida Recurso improvido. (TJ/SP, Apelação Cível nº: 4009151-31.2013, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, J. 02.07.2015)

A 8ª Câmara de Direito Privado, no julgamento da Apelação Cível nº 410.803.4/4-00 também reafirmou a legalidade do “direcionamento”. Confira a ementa:

“PLANO DE SAÚDE AÇÃO
DECLARATÓRIA C.C. PEDIDO DE
REEMBOLSO - Recusa da seguradora em arcar

com os custos advindos de internação em hospital não credenciado Ausência de abusividade. Recorridos que optaram que a filha menor permanecesse em nosocômio cuja internação não era autorizada, não obstante existisse idêntica cobertura em outros hospitais próximos ao local e de reconhecida qualidade Impossibilidade de se declarar a responsabilidade da seguradora pelas despesas realizadas nesse sentido Pedido de reembolso Inadmissibilidade, porquanto o contrato prevê tal possibilidade somente nos casos em que não for possível a utilização dos serviços credenciados pela seguradora (o que não é a hipótese dos autos). Improcedência da ação corretamente decretada - Sentença mantida Recurso improvido.”

E ainda, mais outro precedente desta mesma Câmara, que afastou a cobertura para tratamento de despesas junto ao Hospital Albert Einstein, porque não credenciado (Apelação Cível nº: 511.913.4/2-00):

“PLANO DE SAÚDE AÇÃO DECLARATÓRIA C.C. PEDIDO DE REEMBOLSO - Recusa da seguradora em arcar com os custos advindos de internação em hospital não credenciado (Albert Einstein) - Ausência de abusividade Opção da autora em permanecer sob tratamento em nosocômio cuja internação não era autorizada. Termo aditivo firmado entre as partes (diante da liquidação extrajudicial da INTERCLINICAS) que não prevê a cobertura no citado nosocômio. Opção da

autora em permanecer em plano básico, que não prevê o atendimento no hospital referido Demandada que dispõe de ampla rede de atendimento, não se justificando a cobertura pretendida pela autora - Improcedência da ação corretamente decretada - Sentença mantida. Recurso improvido.”

Também nesse mesmo sentido e direção, merece destaque julgado da Apelação Cível n. 61.300-4, da 1ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que teve como Relator o Desembargador ALEXANDRE GERMANO, do qual se extrai:

“SEGURO-SAÚDE. Ação cominatória. Pagamento das despesas com internação de paciente em hospital descredenciado. Impossibilidade. Validade da cláusula contratual que prevê a cobertura de emergência em locais credenciados. Sentença confirmada Recurso não provido.”

Por fim, vale destacar que no Agravo de Instrumento nº 2096400-23.2015.8.26.0000, a 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu:

LOMBALGIA CRÔNICA E
INCAPACITANTE. LIMINAR PARA
COBERTURA DE PROCEDIMENTO
CIRÚRGICO INDICADO PELO MÉDICO
(RIZOTOMIA PERCUTÂNEA POR SEGMENTO
+ DISCECTOMIA LOMBAR PERCUTÂNEA).
REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC
PREENCHIDOS. RECURSO PROVIDO, COM
OBSERVAÇÃO.

1. Decisão que, em “ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação dos efeitos da tutela” movida por Vera Lúcia Vieira da Silva Lima contra GreenLine Sistema de Saúde Ltda., indeferiu a liminar requerida na inicial.

2. Requisitos exigidos pelo artigo 273 do CPC preenchidos. Diante dos documentos anexados aos autos, verifica-se a urgente necessidade do procedimento cirúrgico recomendado à autora por médico especialista. Evidenciado o risco de danos irreparáveis à agravante, cabe à agravada autorizar o tratamento, arcando integralmente com os custos dos materiais, exames e hospitalares, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, limitada a R\$ 30.000,00.

3. Observa-se, entretanto, que os custos dos honorários médicos deverão custeados pela ré, mas nos limites do que esta pagaria a um médico credenciado, cabendo à autora arcar com eventuais diferenças e eles relativas, como ela própria se propôs na minuta recursal.

4. Ausência de perigo de irreversibilidade da medida. Decisão reformada.

5. Agravo de instrumento provido, com observação.

Essas decisões, de forma alguma afastam a obrigação dos planos de saúde em custear qualquer procedimento constante do rol obrigatório da ANS ou no contrato, pelo contrário, elas têm o

dever de disponibilizar profissional e/ou estabelecimento aptos ao atendimento das necessidades de seus usuários mesmo fora de sua rede credenciada, quando determinados serviços não forem disponibilizados pelos prestadores filiados.

Tem que ter fim essa falsa idéia de que todas as cláusulas contrárias aos interesses dos consumidores ou que prevejam alguma limitação que não impeça a realização do objeto contratado são abusivas. Nesse sentido são as lições da Professora Cláudia Lima Marques[8], *in verbis*:

A abusividade da cláusula contratual é, portanto, o desequilíbrio ou descompasso de direitos e obrigações entre as partes, desequilíbrio de direitos e obrigações típicos àquele contrato específico; é a unilateralidade excessiva, é a previsão que impede a realização total do objetivo contratual, que frustra os interesses básicos das partes presentes naquele tipo de relação, é, igualmente, a autorização de atuação futura contrária à boa-fé, arbitrária ou lesionaria aos interesses do outro contratante, é a autorização de abuso do exercício da posição contratual preponderante (*Machtposition*).

As usuais pretensões de diversos usuários dos planos de saúde, como aqui descritas, subvertem toda a lógica do sistema, isso porque, mesmo a operadora se dispondo a custear os procedimentos médicos pretendidos, em muitos casos, os consumidores insistem em realizá-lo fora de sua rede credenciada. Portanto, não se trata de cláusula abusiva, há apenas uma limitação legal em relação à abrangência dos serviços prestados pelas operadoras.

Limitar os serviços contratados não é procedimento abusivo, abusivo é tentar transformar as operadoras de planos de saúde em seguradoras universais e irrestritas, responsabilidade esta do Estado.

Assim, como já mencionado, dentre outros mecanismos de regulação do setor da saúde suplementar, o legislador estabeleceu o direcionamento, segundo o qual é permitido às operadoras impor aos seus usuários a realização de consultas, exames ou internação em sua rede credenciada ou referenciada. Ou seja, para a fruição dos serviços contratados pelos usuários junto às operadoras de planos de saúde, os beneficiários somente poderão se valer da rede credenciada ou referenciada, que deverão custear todos os procedimentos de cobertura obrigatória estabelecidos e periodicamente atualizados pela ANS (atualmente em vigor a RN nº 338/2013, atualizada pela RN nº 349/2014).

Dessa forma, em caso de realização de qualquer procedimento por profissional e/ou estabelecimento não integrante da rede credenciada pela operadora, esta deverá assumir o ônus financeiro de tais serviços, **limitando sua responsabilidade aos valores usualmente praticados junto à sua rede credenciada**, como se verifica do art. 12, inciso VI, da Lei nº 9.656/98.

A relação jurídica havida entre as operadoras e os consumidores não permite que estes, a despeito de aplicáveis todas as normas protetivas, escolha, a seu bel-prazer, o profissional que lhe prestará os serviços médicos.

4. O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO E O ESTADO DE DIREITO.

A disponibilização de um produto (modalidade de contrato) ao Mercado pelas operadoras, estabelecendo o seu respectivo preço, é precedida de exaustivo estudo atuarial a fim de garantir o

equilíbrio-financeiro entre os gastos incorridos por ela com o atendimento médico, hospitalar, laboratorial, etc. de seus usuários e a respectiva contraprestação de seus clientes.

Não se nega que estamos diante de um contrato aleatório, no qual é da essência do negócio da operadora o próprio risco, mas esse risco só foi mensurado em relação aos eventos cobertos.

Certamente que a saúde não tem preço, mas custa!

Assim, exigir o custeio de tratamento fora de sua rede credenciada e/ou fora dos padrões dos honorários praticados pela operadora acarreta, como já dito, a médio e longo prazo, a inviabilização da atividade econômica, com efeitos nefastos para toda a sociedade em diversas esferas (saúde, trabalhista, tributária, etc.).

Além disso, em face de a todo o momento a operadora ver-se obrigada a custear evento não incluído pela lei, pelas normas da ANS, tampouco no contrato, importa em evidente prejuízo a todos os demais usuários-consumidores do plano de saúde, que serão onerados com o aumento dos prêmios e/ou mensalidades, numa verdadeira **socialização** dos eventuais prejuízos, subvertendo todo o sistema elaborado pelos legisladores constituintes e ordinários.

Em diversos casos, vê-se que os consumidores pretendem se desonerar de previsão contratual livremente pactuada de forma clara e destacada e em conformidade com a Lei nº 9.686/98, CDC e normas da ANS, desprezando a autonomia da vontade. O comportamento, além de gerar insegurança jurídica e inobservar o ato jurídico perfeito, não é razoável e muito menos proporcional.

Acolher tais pretensões gera insegurança jurídica, diante da imprevisibilidade das relações, de efeitos nefastos para a sociedade de forma geral. O Direito não pode viver com a insegurança!

Não é à toa que o Professor e ex-ministro da Suprema Corte, **Eros Grau**[\[9\]](#), manifesta sua preocupação com o cenário atual:

O chamado *direito moderno* é racional, na medida em que permite a instalação de um horizonte de previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: segurança.

Disso também não se distancia **Herman Heller**[\[10\]](#):

[...] a segurança das trocas ou certeza do direito tornaram-se possíveis em decorrência de uma notável calculabilidade e previsibilidade das relações sociais, que se tornam realizáveis somente se as relações sociais, e sobretudo as econômicas, são reguladas de modo crescente por um único ordenamento, ou seja, emanado de um único ponto equidistante. O resultado final, ainda que não definitivo desse processo de racionalização social é um moderno Estado de Direito.

E, nesse mesmo sentido, **Franz Neumann**[\[11\]](#) afirma que: “[...] a livre concorrência precisa da generalidade da lei e do direito por ser ela a mais alta forma de racionalidade. Necessita também da absoluta subordinação do juiz ao direito, e daí a separação dos Poderes.”

Oportunas, ainda, são os apontamentos do Desembargador Federal **Néviton Guedes**[\[12\]](#) do TRF-1ª Região, para quem a: “[...] dificuldade aparentemente atávica do ser humano de preferir tomar decisões simpáticas e amistosas, geralmente casuísticas, em detrimento de decisões antipáticas e desagradáveis, ainda que, do

ponto de vista da generalidade do direito e da isonomia com outros casos, sejam mais adequadas e, por isso mesmo, mais legítimas.” E acrescenta o ilustre magistrado acrescenta que: “[...] muitas vezes a decisão judicial legítima – em conformidade com o Direito – revelar-se-á desagradável às nossas convicções pessoais, muitas vezes causando sofrimento a alguém e quase sempre implicando custos a serem suportados por indivíduos ou pela comunidade. Em síntese, nem sempre uma decisão judicial, para ser justa, poderá ser agradável.”

Portanto, o Judiciário não pode transformar as operadoras em seguradoras universais, inclusive, sob pena de afronta ao princípio da separação de poderes (art. 2º da CF/88), já que estaria introduzindo obrigação *contra legem*.

Assim, não havendo previsão contratual que permita aos consumidores exigir das operadoras o custeamento de tratamento médico fora de sua rede credenciada definida na avença, qualquer pretensão nesse sentido deve ser rechaçada.

5. CONCLUSÃO.

Dessa forma, pode-se concluir que a Constituição Federal permitiu a atuação da livre iniciativa no sistema de saúde do país, no entanto, estabeleceu que a forma dessa participação deve ser regulamentada e fiscalizada pelo Estado, no caso, através da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a fim de assegurar o equilíbrio desse sistema e a proteção aos consumidores-cidadãos.

No uso de sua competência, o legislador ordinário estabeleceu através da Lei nº 9.656/98 diversos instrumentos regulatórios, dentre eles, o denominado “direcionamento”, segundo o qual as operadoras de planos de saúde têm a prerrogativa de encaminhar o atendimento de seus usuários junto aos profissionais e estabelecimentos pertencentes à sua rede credenciada, excluindo

a responsabilidade dos planos nos casos em que os consumidores não observem essa regra.

Contudo, do que foi discorrido, conclui-se que nos casos em que a operadora não disponibilizar, dentro de sua rede credenciada, profissional e/ou estabelecimento apto ao atendimento de determinada patologia de cobertura obrigatória será compelida a assumir o ônus desse procedimento em aparelho particular, estranho aos seus prestadores cadastrados.

A despeito desse instrumento regulador, não era difícil verificar decisões judiciais compelindo os planos de saúde a arcar com custos referentes a procedimentos realizados fora de sua rede credenciada, sob o argumento falacioso que tais instrumentos limitadores de responsabilidade das operadoras perfazem cláusulas abusivas e contrários à boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Em nítido movimento pendular, próprio do Direito, verifica-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo vem reconhecendo a legalidade dessas formas regulatórias, inclusive como forma de garantir o equilíbrio de todo o sistema de saúde suplementar, além de prestigiar a segurança jurídica e previsibilidade que devem estar presentes nas relações jurídicas, restando evidente que diversos preceitos normativos, tais como a nulidade cláusulas abusivas, a boa-fé objetiva e a função social do contrato, foram introduzidos para equilibrar as relações contratuais e não para criar uma categoria de indivíduos com super direitos em relação aos fornecedores e/ou prestadores de serviços, sob pena de desvirtuamento de todo o sistema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GUEDES, Néviton. **O juiz a bondade e a justiça**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>> Acesso em: 07-08-2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., São Paulo. Malheiros: 2013.

HELLER, Herman. **Teoría Del Estado**. Trad. De Luís Tobío. México, Fondo de Cultura Económica: 1977.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 6ª ed., rev., atual, e ampl., Revista dos Tribunais: 2011.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Marco Aurélio. **Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiros**. In CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos / Luiz Augusto Ferreira Carneiro, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NEUMANN, Franz. **Estado Democrático e Estado Autoritário**. Trad. De Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

NOTAS:

[1] FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde)**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

[2] **RESOLUÇÃO OPERACIONAL – RO Nº 1891, DE 1 DE SETEMBRO DE 2015**

Dispõe sobre a determinação da alienação da carteira da operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso VI do art. 6º e a alínea “c” do inciso II do art. 86, do Regimento Interno aprovado pela RN 197, de 16 de julho de 2009, na forma do disposto no art. 24 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, alterada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, em reunião ordinária de 31 de agosto de 2015, considerando as anormalidades econômico-financeiras e administrativas graves que colocam em risco a continuidade do atendimento à saúde, de acordo com os elementos constantes do processo administrativo nº 33902.695871/2014-05, adotou a seguinte Resolução Operacional e eu, Diretor-Presidente, na forma do disposto nos incisos I e III do art. 82, da RN 197, de 16 de julho de 2009, determino a sua publicação:

Art. 1º Fica determinado que a operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, registro ANS nº 30.133-7, inscrita no CNPJ sob o nº 43.202.472/0001-30, promova a alienação da sua carteira no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data do recebimento da intimação a que se refere o art. 10 da RN nº 112, de 28 de setembro de 2005.

Art. 2º Fica suspensa a comercialização de planos ou produtos da operadora Unimed Paulistana Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, com base no artigo 9º, § 4º, da Lei 9.656/1998.

Art. 3º Esta Resolução Operacional - RO entra em vigor na data de sua publicação.

JOSÉ CARLOS DE SOUZA ABRAHÃO

Diretor-Presidente

[3] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

[4] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

[5] Nenhuma empresa de assistência à saúde pode, por qualquer motivo, recusar o ingresso de um consumidor no plano de saúde (art. 3º, IV da Constituição Federal, art. 39, IX do Código de Defesa do Consumidor e art. 14 da Lei 9.656/98).

[6] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

[7] MELLO, Marco Aurélio. **Saúde Suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiros**. In CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos / Luiz Augusto Ferreira Carneiro, coordenador, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 13.

[8] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 6ª ed., rev., atual, e ampl., Revista dos Tribunais: 2011.

[9] GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed., São Paulo. Malheiros: 2013.

[10] HELLER, Herman. **Teoría Del Estado**. Trad. De Luís Tobío. México, Fondo de Cultura Económica: 1977.

[11] NEUMANN, Franz. **Estado Democrático e Estado Autoritário**. Trad. De Luiz Corção. Rio de Janeiro, Zahar Editores: 1969.

[12] GUEDES, Néviton. **O juiz a bondade e a justiça**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>> Acesso em: 07-08-2015.

O PAPEL DO DIREITO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS RURAIS: UM OLHAR SOBRE A IMPORTÂNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO SOCIOAMBIENTAL

JEAN LUCCA DE OLIVEIRA BECKER: Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Foi bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e estagiário de Direito da Advocacia Geral da União - AGU / Rio Grande (RS). Estudante intercambista na Universidade de Coimbra / Portugal (2014). Ex-coordenador de Pesquisa e Extensão do Diretório Acadêmico Ruy Barbosa - DARB (Gestão 2012). Participa do Grupo Transdisciplinar em Pesquisa Jurídica para a Sustentabilidade (GTjus) e do Grupo de Estudo em Direitos Culturais e Constitucionalismo Latino-americano (GEDCONST). Foi bolsista de extensão voluntário no projeto de Mediação em Conflitos Familiares, da mesma Universidade. É congratulado pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul por apresentar proposta escolhida como prioridade pela população gaúcha na melhora da saúde pública no Estado.

Resumo: Este artigo pretende analisar o papel do Direito Ambiental como instrumento de emancipação dos Movimentos Sociais Rurais. A luta pela ampliação do espaço de cidadania, incluindo-se aí a busca de modificações das relações sociais cotidianas, faz com que também analisemos a importância da Função Social da Propriedade como fator de desenvolvimento socioambiental. Estas Outras formas de organização, alinhada às lutas no campo, incorporaram características de uma revolução cultural ecológica que não se faz através de uma carta de intenções. É um processo longo e complexo que já teve seu início. Resta saber se terá continuidade.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Movimentos Sociais Rurais; Função social da Propriedade.

INTRODUÇÃO

“A *utopia* está no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a *utopia*? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.” O termo *utopia*, delineado por Eduardo Galeano, ao mesmo tempo em que implica uma crítica profunda as atuais condições sociais de vida, decorre de um projeto de mudança como contraposição e melhoria da situação presente. É este o espírito deste trabalho, que procura refletir acerca da possibilidade de indivíduos e movimentos sociais, representativos de Outras formas de vida societária, transcenderem as limitações da complexidade moderna, procurando estabelecer uma estratégia possível para (sobre)viver à (in)coerência do processo globalizatório.

A referência central da reflexão, que recairá sobre o papel do Direito Ambiental como instrumento de emancipação dos Movimentos Sociais Rurais, igualmente pretende destacar a importância da Função Social da Propriedade como fator de desenvolvimento socioambiental. Assim, pergunta-se qual a efetiva contribuição que o Direito, sobretudo o Ambiental, pode proporcionar a estes movimentos enquanto projeto de Alteridade?[1] Pois, o que se verifica diante da crise da sociedade contemporânea, no que diz respeito ao seu modelo de desenvolvimento econômico, é que a ecologização da propriedade e da sua função social adquire contornos construtivos de um novo modelo cultural baseado em uma sociedade mais democrática.

1. O Direito Ambiental: da regulação à emancipação social

Autores com matriz interdisciplinar tem procurado desenvolver teorias acerca das relações sociais que sejam capazes de dar conta da complexidade moderna. Para DEBORD (2003) [2], por exemplo, a vida das sociedades nas quais reinam as condições modernas de produção se anuncia como uma imensa acumulação de *espetáculos*. Desde a forma dos objetos hoje produzidos, a

exposição geral da racionalidade do sistema e a maneira com que o setor econômico avança sobre a realidade individual, torna o *espetáculo* principal produção da sociedade atual, levando-se a uma evidente degradação do *serem* virtude ao *ter*. Não só, o êxito deste sistema desencadeou a ordenação do território: não obstante o autofagismo do meio urbano provocado pela tomada do meio ambiente natural e humano pelo capitalismo que, ao desenvolver-se em sua lógica de dominação absoluta, refez a totalidade do espaço como o seu próprio cenário; o campo traduz, diante desta lógica, o isolamento e a separação – dando origem, para o autor, a um campesinato fictício, recriado pelas condições de *habitat* e de controle *espetacular* no atual território ordenado.

Já para ADORDO (2008)[3], ao procurar estabelecer um conceito dialético de sociedade e da mediação do indivíduo com ela, institui que a socialização, isto é, a simples rede de relações sociais tecidas entre os homens, se torna cada vez mais *densa*. Cita como exemplo a seguinte situação: quando se viajava ao campo, aproximadamente há cerca de cinquenta anos atrás – era tão grande a diferença em relação à cidade, assim como uma certa independência da preservação da vida no campo em relação às formas de preservação da vida no espaço urbano, comercial e industrial, que havia a sensação de uma relação relativamente débil entre ambos. Nesta época, prossegue o autor, havia no campo e na província inúmeros agricultores que nunca foram à cidade e que dirigiam olhares de respeito às cidades grandes e mesmo às medias situadas em suas redondezas. Hoje, contudo, tal situação seria inimaginável porque a rede entre a cidade e o campo se encontra tecida de um modo incomparavelmente mais *denso*, não apenas devido aos meios de comunicação, mas também em decorrência dos processos econômicos - como a transferência de muitas indústrias ao campo.

É preciso então, antes de tudo, refletir acerca do que une os dois autores. Guy situa o *espetáculo* como um elemento a serviço do capitalismo e que faz com que a vida das sociedades seja sem autenticidade, baseada na *alienação*. Theodor, por sua vez, diante da mesma lógica, trabalha com a ideia de que vivemos numa totalidade que reúne os homens entre si unicamente graças à sua *alienação*.

Quando lhes afirmei que a sociedade vigente é medida apenas pela individualização, há nisso inclusive o sentido crítico, não tão enfatizado por mim no anteriormente exposto, de que, justamente através do *principium individuationis*, ou seja, através do fato de que nas formas sociais em vigor os homens individuais procuram o lucro, procuram sua vantagem individual, de que precisamente através dessa insistência no princípio de individuação o todo se conserva vivo e se reproduz, sob gemidos e suspiros e à custa de inomináveis sacrifícios (ADORNO, 2008, p. 128).

Se o que nos une são os interesses antagônicos do homem na densidade espetacular alienante e que *“por isso se introduz de modo constituinte nessa sociedade da troca racional, a partir de sua raiz, um momento de irracionalidade, que a todo o momento ameaça explodi-la (Ibidem, p. 128)”*, questiona-se acerca do impacto deste fenômeno aos povos de regiões agrárias, uma vez que a essência – no sentido de leis singulares, que se manifestam e são relevantes para o destino dos indivíduos – dos movimentos representativos deste campesinato perdem a sua condição de sujeitos sociais coletivos.

O Direito, por sua vez, não pode ser estaque a tal estágio de (im)perfeição do paradigma moderno. Há que se estabelecer uma

estratégia possível para (sobre)vivência à (in)coerência do processo globalizatório. Enquanto *A Rua grita Dionísio!*, metáfora utilizada por WARAT (2010) [4], para tratar o ser humano em sua dimensão afetiva e desejante em suas aspirações de liberdade, igualdade e dignidade; no meio jurídico, também não faltam autores preocupados com a alteridade, com o Outro e mesmo com o meio ambiente. Ao lado de movimentos alternativistas, que segundo algumas teses se abrigam no “garantismo jurídico”, apresentado pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, há que se citar movimentos nacionais que se encontram em consonância com a evolução dos processos históricos e as formas de vida social, como o *Direito Achado na Rua* de Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Souza Junior, o *Pluralismo Jurídico* de Antônio Carlos Wolkmer, o *Direito de Passargada* de Boaventura Souza Santos, dentre tantos outros expoentes que encaram o Direito não apenas como produto da sociedade, mas também como um espaço construtivo de emancipação e crítica social.

Neste contexto, o Direito Ambiental, diante das diversas ramificações que a Ciência Jurídica faz-se presente na sociedade, há que se pautar pelo reconhecimento de princípios mínimos e normas claras que permitam aos que investem tanto no ambiente acadêmico, quanto aos que advogam no prático-jurídico, dialogar em torno de reflexões capazes de demonstrar a presença dos Movimentos Sociais Rurais como uma forma de organização em que se testam Outras alternativas societárias, já que ampliam enormemente as perspectivas de transformações sociais. Afinal, não se tratam de projetos globais de discutida aplicação, mas sim de experiências localizadas e concretas.

Deste modo, estar-se-ia falando de formas de organizações, representada pelos seus movimentos e subsidiadas pelo Direito Ambiental através de relações jurídicas, como expressões de lutas no que se referem à conquista do espaço e o reconhecimento de

resistência às ameaças de destruição ao longo do tempo e pela condição de protagonistas dos processos sociais. Como afirma FERNANDES & MEDEIROS & PAULILO (2009, p. 12), “o *campesinato, forma política e acadêmica de reconhecimento constitucional de produtores familiares, sempre se constituiu, sob modalidades e intensidades distintas, um ator social da história do Brasil*”.

Para SCHERER WARREN (2014) [5], a ideia diretriz da argumentação é a de que os Movimentos Sociais – nos quais estão inclusos os Rurais,

[...] almejam atuar no sentido de estabelecer um novo equilíbrio de forças entre Estado (aqui entendidos como o campo da política institucional: do governo, dos partidos e dos aparelhos burocráticos de dominação) e a sociedade civil (campo de organização social que se realiza a partir das classes sociais ou de todas as outras espécies de agrupamentos sociais fora do Estado enquanto aparelho), bem como no interior da própria sociedade civil nas relações de força entre dominantes e dominados, entre subordinantes e subordinados (p. 49-50).

O que se verifica é que o equilíbrio acima proposto torna-se de suma importância diante da crise de representatividade das instituições do Estado. A modernidade, como já indicava Max Weber[6], calcada na racionalização, privilegiou dois espaços: o mercado e o estado (leia-se a economia e a política). Desta forma, a crise da modernidade revela a aniquilação das instituições estatais, de forma a perder sua vitalidade, na medida em que não mais corresponde às exigências que os cidadãos lhes fazem, tanto ao nível das práticas democráticas, quanto do exercício dos mais

diversos direitos. Assim, trazem-se à luz Outras articulações de demandas e de propostas sociais.

Por isto, concordamos com FERNANDES & MEDEIROS & PAULILO (2009, p. 11), acerca da diversidade da condição camponesa que inclui os proprietários e os posseiros de terras públicas e privadas; os extrativistas que usufruem os recursos naturais como povos das florestas, agroextrativistas, ribeirinhos, pescadores artesanais e catadores de caranguejos que agregam atividade agrícola, castanheiros, quebradeiras de coco-babaçu, açazeiros; os que usufruem os fundos de pasto até os pequenos arrendatários não-capitalistas, os parceiros, os foreiros e os que usufruem a terra por cessão; quilombolas e parcelas dos povos indígenas que se integram a mercados; os serranos, os caboclos e os colonos assim como os povos das fronteiras no sul do país; os agricultores familiares, desde os mais simples aos mais especializados, integrados aos modernos mercados, e os novos poliprodutores resultantes dos assentamentos de reforma agrária.

Cabe ao Direito Ambiental, então, caso esteja disposto a responder afirmativamente ao questionamento formulado por Boaventura de Sousa Santos de que “Poderá o Direito ser emancipatório?” [7], subsidiar uma atenção especial aos Movimentos Sociais, sobretudo os Rurais, para que seja reconhecida tanto a compreensão micro desta alternativa societária – desde a sua especificidade de organização interna à família trabalhadora e gestora dos meios de produção alocados – quanto à compreensão macro do mundo cultural, político, econômico e social em que o camponês produz e se reproduz.

Aliás, a observação crítica de fatos históricos revela que o modelo político-econômico brasileiro das últimas décadas tem se pautado a partir de uma ampla aliança entre Estado, capital estrangeiro e capital nacional, “*que visa à utilização máxima dos recursos naturais disponíveis e o desenvolvimento agropecuário de*

grande porte (SCHERER-WARREN, 2014, p. 100).” Assim, o que se verifica é que grandes investimentos são destinados à construção de obras de infraestrutura, a projetos nos setores estratégicos, dentro outras ocupações agropecuárias no território rural. Entretanto, tais propostas, na maioria dos casos, não integram as populações camponesas e indígenas mais carentes em que são implantados. Pelo contrário, as excluem. Cabe, então, ao Direito Ambiental oferecer suporte, seja principiológico ou normativo, aos movimentos representativos deste povo, articulando-se a luta pela sobrevivência com a luta em defesa do meio ambiente.

Mutatis mutandis, por outro lado, cabe a eles o desenvolvimento de uma consciência ecológica mais abrangente – condição de sobrevivência do próprio grupo. Já que nestes locais, quando a luta pela própria sobrevivência se expressa na luta contra a expropriação do próprio *habitat*, da terra e de outros meios de produção, contra a ameaça à identidade como aquela definida por BAUMAN (2005) [8], seja cultural e/ou comunitária, tal luta deve vir, necessariamente, acompanhada da preservação do meio ambiente, decorrendo daí a possibilidade histórica de ecologização de seus movimentos.

2. A ecologização da propriedade e da sua função social

Os fundamentos dorsais do Direito Ambiental, em oposição ao que se dava com as disciplinas jurídicas clássicas, encontram-se, em maior ou menor medida, expressamente apresentados em um crescente número de Constituições modernas. É o que leciona CANOTILHO & LEITE (2012, p. 91-92), pois, a partir delas, é que se deve montar o edifício teórico da disciplina:

Coube à Constituição – do Brasil, mas também de muitos outros países – reprimir e retificar o velho paradigma civilístico, substituindo-o, em bora hora, por outro mais sensível à saúde das pessoas (enxergadas

coletivamente), às expectativas das futuras gerações, à manutenção das funções ecológicas, aos efeitos negativos em longo prazo da exploração predatória dos recursos naturais, bem como aos benefícios tangíveis e intangíveis do seu uso-limitado (e até não uso). O universo dessas novas ordens constitucionais, afastando-se das estruturas normativas do passado recente, não ignora ou despreza a natureza, nem é a ela hostil.

Por conseguinte, o que se observa em Constituições mais recentes é um movimento que apresenta nítida preocupação com a indicação, já no próprio texto constitucional, de certos direitos e deveres relacionados à eficácia do Direito Ambiental e de seus respectivos instrumentos, visando evitar que as normas infra e constitucionais assumam uma feição retórica, isto é, gentil à distância, mas irrelevante na prática.

Assim, uma vez subsidiado pela Constituição, cabe ao Direito Ambiental ser uma disciplina jurídica de resultado, justificado pelo que alcança concretamente no quadro social da complexidade moderna. Decorrendo daí a necessidade de empoderamento aos Movimentos Sociais Rurais, representativos de Outras formas de vida societárias. Para isto, faz-se necessário também uma adequada institucionalidade, que garanta a participação daqueles em piores condições socioeconômicas, defendendo e promovendo seus interesses em consonância com os objetivos inclusos do Estado.

A partir de então poderemos falar de uma rede de proteção ao equilíbrio ecológico, situando-se no campo da justiça social, da promoção da democracia, da garantia dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável, (re)organizando o relacionamento do ser humano com a natureza, *“indicando o intuito de assegurar no*

amanhã um planeta em que se mantenham e se ampliem, quantitativamente e qualitativamente, as condições que propiciam a vida em todas as suas formas (ibidem, p. 93)”.

A rua, que anteriormente gritou Dionísio neste trabalho, fez-se ouvir também pelo direito de propriedade, de forma a torná-lo mais receptivo à proteção do meio ambiente, isto é, a refundá-lo sob a ótica da sustentabilidade. Desta forma, esboça-se em escalas variáveis, como bem dissertados por Joaquim Canotilho e José Morato^[9], uma nova dominialidade dos recursos naturais, seja pela alteração direta do domínio de certos recursos naturais ambientais (água, por exemplo), seja pela mitigação dos exageros degradadores do direito de propriedade - com a ecologização de sua função social.

Tal processo, em consonância com a ecologização da própria Carta Magna, teve o intuito de instituir um regime de exploração limitada e condicionada (leia-se sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental. A função social da terra seria reconhecida, protegida, promovida e provida pela Constituição de 1988, Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, artigos 5, 184 e 186:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

[...] Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua

função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

[...] Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. [10]

O modo como se define uma crise e se identificam os fatores que a causam tem um papel decisivo na escolha de medidas que a superem e na distribuição dos custos sociais que estas possam causar. Fica então evidenciado o fim redistributivo do Direito Ambiental, reorganizando o endereçamento dos benefícios e custos ambientais. Trata-se da inversão da violenta colonização de ontem sucedânea à violenta injustiça socioambiental de hoje, que, na sua essência, não deixa de ser uma apropriação indevida (e, agora, também constitucionalmente desautorizada) de atributos ambientais, *“em que os benefícios são monopolizados por poucos (= os poluidores) e os custos são socializados entre todos (= a coletividade, presente e futura) (CANOTILHO & LEITE, 2012, p. 99)”*.

Sob tais circunstâncias, a constituição de condição camponesa, representativa de seus Movimentos Sociais Rurais, torna o agente que lhe corresponde o portador de uma percepção de justiça entendida aqui não apenas como a possibilidade de exploração econômica dos ecossistemas constitucionalmente protegidos, reconhecendo-se a obrigação do proprietário de preservar o espaço e os recursos naturais, mas também como uma experiência baseada em modos de coexistência, isto é, sob formas de comunidade camponesa, na luta diária pela (sobre)vivência, na relação com a própria natureza e até mesmo nas práticas costumeiras para a manutenção e a reprodução de um modo de vida compatível com a ordem constitucional estabelecida.

Para além da norma constitucional, instrumento da ecologização da propriedade e da sua função social, o grito Dionísico também se irradiou para o mundo literário. *“Assim, os direitos humanos devem deixar de serem vistos desde uma perspectiva exclusivamente normativista (WARAT, 2010, p. 112)”*.

Preocupado com a impotência da lei, Eduardo Galeano, *Em Bocas do Tempo*^[11], procura erradicar a injustiça social presente do microssomo à humanidade. Com pequenos fatos cotidianos o autor recriou a história oficial contada para aqueles que nem têm voz. Dedicou sua vida para inverter a perversa ordem.

Os pobres de tudo estão formando fila. A lei acorda cedo, e hoje o doutor atende a partir da primeira hora. O advogado vê que na fila está esperando uma anciã com um cacho de crianças e um bebê nos braços. Quando chega a sua vez, ela mostra seus papéis. As crianças não são seus netos: aquela mulher tem trinta anos e nove filhos. Vem pedir ajuda. Ela havia levantado um barraco de lata e madeira em algum lugar das fraldas do Morro de Montevideo. Achava que era

terra de ninguém, mas era de alguém. E agora vão expulsá-la pois chegou essa coisa que chamam de lançamento. O advogado escuta. Examina os papéis que ela trouxe. Balança a cabeça, demora a falar. Engole saliva e diz, olhando para o chão: – Lamento muito minha senhora, mas... não há nada que se possa fazer. Quando ergue o olhar, vê que a filha mais velha, uma menina com ar de espanto, está tapando as orelhas com as mãos (GALEANO, 2011, p. 231).

Devida menção também há que se fazer a Charles Kiefer e sua obra-prima *Quem faz Gemer a Terra*[12], objeto de estudo de diversos trabalhos acadêmicos e adaptada para o teatro. Cicatriz mais visível da iniquidade socioeconômica brasileira, a trama é baseada na defesa da função social da terra. A partir de sua leitura, consubstanciando-se com os demais pressupostos deste trabalho, verifica-se que o Estado deve ser o principal garante da participação e da distribuição: que os diferentes sejam tratados de forma diversa no que se referem à promoção da equidade e da justiça participativa, devendo ambos os pilares da democracia aristotélica ser protegidos, promovidos e providos pela autoridade pública, como bem assegurou Milton Filho. Decorre que tanto a ecologização da propriedade, quanto a sua função social, convém estarem em primeiro lugar os interesses daqueles em situação de maior vulnerabilidade de direitos e que sua participação na elaboração das políticas públicas seja garantida para a equidade social e democrática.

Lembrando que estes são apenas alguns dos inúmeros ‘tratados’ literários existentes acerca dos Movimentos Sociais e da emancipação de Outras formas de organização societária. Deveriam ser objeto de estudo obrigatório e de debates

permanentes nas Faculdades de Direito, interessadas em avaliar a formação de juristas acurados com a garantia não só do direito de propriedade, mas também para que o mesmo, diante do caso concreto em análise, atente aos critérios e graus de exigência estabelecidos em lei para o cumprimento de sua função social enquanto fator de desenvolvimento socioambiental.

CONCLUSÃO

Este trabalho procurou refletir acerca do papel do Direito, sobretudo o Ambiental, como instrumento de emancipação dos Movimentos Sociais Rurais em torno de duas perspectivas: uma é o objetivo específico em torno do qual se trava a luta, como a ecologização da propriedade e da sua função social; a outra perspectiva é a *utopia* de construção de uma nova sociedade, a qual é concebida como um processo em que novas relações comunitárias e societárias vão sendo constituídas.

Esta análise discursiva mostrou-se de suma importância na medida em que revelou a centralidade da luta no campo por uma cidadania integral: mais justa do ponto de vista social, na qual o direito a terra para quem nela trabalha e vive, entre outros (cidadania social), seja respeitado; mais participativa e democrática, na qual os trabalhadores tenham suas organizações e formas de representação conhecidas e consideradas (cidadania política); e na qual haja respeito à diversidade cultural (modo de vida camponês) – como bem assegurado por Ilse Warren. Em síntese, pretendeu-se explorar em que medida existe uma questão ética na articulação *entre natureza* (expressa nas lutas ecologistas) e *humanidade* (expressa nas lutas pela sobrevivência).

Cabe destacar que a finalidade deste artigo não é oferecer respostas e soluções para essa problemática tão desafiadora, mas sim tecer considerações que possam contribuir para o despertar da complexidade das discussões que se apresentam.

REFERÊNCIAS

ADORDO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. Tradução Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

CANOTILHO, Joaquim Gomes & MORATO, José Rubens. **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOSO, Matêus Ramos. Racionalização e Modernidade em Max Weber. **Revista Húmus**. Maranhão, v. 3, n. 9, p. 80-100, 2013.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Ebooks Brasil, 2003.

FERNANDES, Bernardo Mançano & MEDEIROS, Leonilde Servolo de & PAULILO, Maria Ignez. **Lutas camponesas contemporâneas: condições, dilemas e conquistas**. V. 2: a diversidade das formas das lutas no campo. São Paulo: Editora UNESP; Brasília, DF: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2009.

GALEANO, Eduardo. **Bocas do tempo**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2011.

KIEFER, Charles. **Quem faz gemer a terra**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, v. 65, p. 3-76, 2003.

SCHERRER-WARREN, Ilse. **Redes de Movimentos Sociais**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

NOTAS:

[1] Alteridade frisa-se, como aquela definida por Luis Warat em *A Rua Grita Dionísio!*

[2] DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Ebooks Brasil, 2003.

[3] ADORDO, Theodor W. **Introdução à sociologia**. Tradução Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

[4] WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

[5] SCHERRER-WARREN, Ilse. **Redes de Movimentos Sociais**. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

[6] CARDOSO, Matêus Ramos. Racionalização e Modernidade em Max Weber. **Revista Húmus**. Maranhão, v. 3, n. 9, p. 80-100, 2013.

[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, v. 65, p. 3-76, 2003.

[8] BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

[9] CANOTILHO, Joaquim Gomes & MORATO, José Rubens. **Direito Constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

[10] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

[11] GALEANO, Eduardo. **Bocas do tempo**. Porto Alegre, RS: L&PM, 2011.

[12] KIEFER, Charles. **Quem faz gemer a terra**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

O PODER DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC/2015

GISELE LEITE: Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Articulista e colunista dos sites www.invetidura.com.br, www.netlegis.com.br, www.jusvi.com, possuindo vasta produção acadêmica publicada nos sites como www.ibdfam.org.br, http://egov.ufsc.br/portal/buscalegis, www.abdpc.org.br, www.ambito-juridico.com.br, www.abdir.com.br, www.jurid.com.br.

Resumo: O texto apesar de extenso vem expor de forma didática a existência, formação e poder dos precedentes judiciais principalmente em face do CPC de 2015. Não se furtou a trazer as razões históricas e ainda apontar a formação de um sistema híbrido resultado de uma simbiose evolutiva de todos os sistemas jurídicos existentes.

Palavras-chaves: Jurisprudência. Precedentes Judiciais, CPC/2015, CPC/1973 e CF/1988.

Abstract: The text comes despite extensive expose in a didactic way the existence, training and power of judicial precedents especially in the face of the CPC 2015. Do not stole to bring the historical reasons and also point out the formation of a hybrid result of an evolutionary symbiosis system all legal systems.

Keywords: Jurisprudence. Judicial precedents, CPC / 2015 CPC / 1973 and CF / 1988.

É sabido que nosso país se filia ao sistema jurídico essencialmente baseado na *civil law*, mas já é possível observar que os precedentes judiciais^[1] gradativamente vêm sendo adotados pela legislação processual civil brasileira com o objetivo de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados e empreender maior celeridade ao trâmite processual.

Por outro lado, o sistema do *common law* vem sofrendo também gradativas modificações, se aproximando cada vez mais do *stare decisis* e, também do *civil law*.

Percebe-se claramente que o CPC/2015 veio aproveitar os fundamentos do *common law* e do *stare decisis* com o fito de privilegiar a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência pátria e garantir a efetividade do processo, particularmente das garantias constitucionais.

A notória filiação pátria à Escola da *Civil Law*, assim como dos países de origem romano-germânica traduz que a lei é considerada a fonte primária do ordenamento jurídico e, *ipso facto*, o instrumento apto e cabal para solucionar as controvérsias levadas ao conhecimento do Poder Judiciário.

Em geral as jurisdições do *civil law* são organizadas preponderantemente com o objetivo de aplicar o direito escrito, ou seja, o direito positivado. Os adeptos do sistema do *civil law* consideram que o juiz é o intérprete e aplicador da lei, porém, não lhe reconhece os poderes de criador do direito. Assim se verifica que as balizas legais e técnicas, da faculdade criadora dos juízes que laboram no sistema do *civil law* são bem mais restritas e limitadas do que ocorre no sistema da *common law*.

Há em análise desses sistemas jurídicos, um embate que procura responder se o juiz descobre ou cria^[2] o direito?

Mas é importante que não se confunda o *common law* com o *stare decisis* (o da força obrigatória dos precedentes). Afinal, se para a teoria declaratória da jurisdição (onde se prevê que o direito é descoberto), por outro lado, para a teoria constitutiva da jurisdição (onde se prevê que o direito é criado), percebe-se nitidamente que advogam posições ideológicas e conceituais bem distintas e diametralmente opostas.

As jurisdições do *civil law* visam aplicar o direito positivo, onde o juiz é intérprete e aplicador da lei, mas não um criador do Direito.

O princípio da legalidade estampado no texto constitucional brasileiro vigente comprova a existência do sistema legal adotado ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O referente princípio que visa proteger o indivíduo em face do Estado, legitimando-se apenas as imposições que respeitem as leis previamente estabelecidas no ordenamento jurídico, e também serve como de instrumento norteador da atividade jurisdicional.

Com a adoção do sistema do *stare decisis*, há de se repensar a compreensão do termo “lei” empregado na CF/1988 que significa não apenas as espécies legislativas, agora, em razão da força obrigatória dos precedentes judiciais. Precisamos conceituar o precedente judicial principalmente em razão do *status* da Corte que o firmou, tem cogência prevista pelo próprio ordenamento jurídico.

Apesar de ser a lei a fonte primária do Direito, não é possível admitir a existência de um Estado absolutamente ou exclusivamente legalista. Posto que a sociedade em sua dinâmica evolutiva passe por várias modificações e que não são acompanhadas pela lei ou pelo legislador. Seja porque este não é capaz de prever a solução para todas as situações concretas e futuras submetidas ao crivo judicial.

E, não se pode admitir um ordenamento jurídico dissociado de qualquer interpretação jurisdicional. Também não se pode abdicar da segurança jurídica proporcionada pelo ordenamento previamente positivado (típico do positivismo jurídico). Por essas razões, naturalmente esses dois sistemas se avizinham.

Os países de cultura anglo-saxônica cada vez mais legislam e positivam regras por meio da lei e, em contrapartida, os países de

tradição romano-germânica estabelecem crescentemente a força obrigatória dos precedentes judiciais.

Tal aproximação dos sistemas, quiçá simbiose, particularmente no que tange ao *civil law* em referência ao *stare decisis* é notada pela doutrina contemporânea, principalmente pelo ilustre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni.

Que destaca explicitamente que o papel do atual juiz no *civil law*, e do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz no *common law*, e, particularmente, a realizada pelo juiz norte-americano.

O sistema *common law* ou anglo-saxão distingue-se do *civil law* especialmente em razão das fontes de Direito. No *civil law*, o ordenamento jurídico substancia-se principalmente em leis, abrangendo os atos normativos em geral, como decretos, resoluções e medidas provisórias, etc.

No sistema anglo-saxão^[3], os juízes e tribunais se espelham principalmente nos costumes e, com base no direito consuetudinário, julgam o caso concreto, cuja decisão, por sua vez, poderá constituir-se em precedente para julgamento de casos futuros. Esse respeito ao passado que é inerente à teoria declaratória do direito e, é desta que se extrai a noção de precedente judicial.

No *civil law*, apesar da primazia das leis, há espaço para os precedentes judiciais. A diferença^[4] é que no *civil law*, de regra, o precedente tem a função de orientar a interpretação da lei, mas necessariamente não obriga o julgador a adotar o mesmo fundamento da decisão anteriormente proferida e, que tenha como base uma situação jurídica semelhante.

Contudo, cada vez mais, o sistema jurídico brasileiro assimila a teoria do *stare decisis*. E, já não eram poucas ocorrências previstas no CPC/1973 que compeliram os juízos inferiores a aplicar os julgamentos dos tribunais, notadamente do STF e do STJ.

Basta lembrarmos das súmulas vinculantes, o julgamento em controle abstrato de constitucionalidade e o julgamento de recursos repetitivos. E, agora no Código Fux tal vinculação é plenamente reforçada. Pois a aplicação dos precedentes judiciais advindos do julgamento do incidente de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência (vide arts. 496, I, art. 926, §2º, art. 927, §5º do CPC/2015).

Afinal, a igualdade, a coerência[5], a isonomia, a segurança jurídica e, ainda, a previsibilidade das decisões judiciais constituem as principais justificativas para a adoção do *stare decisis*, ou seja, o sistema da força obrigatória dos precedentes judiciais.

Não se pode negar a quebra dos princípios acima mencionados pelo fato de que situações juridicamente idênticas sejam julgadas de maneiras distintas por órgãos de um mesmo tribunal, também não se pode fechar os olhos à constatação de que também a pura e simples adoção do precedente e principalmente em razão da repentina mudança de orientação jurisprudencial seja capaz mesmo de causar uma grave insegurança jurídica[6].

Elpídio Donizetti exemplifica: Uma vez celebrado o negócio jurídico sob a vigência de determinada lei, não poderá a lei posterior retroagir, para alcançar o ato jurídico perfeito e acabado, exatamente porque celebrado em conformidade com o ordenamento em vigor. Esse é o sentido que se tem até presentemente emprestado à disposição do inciso XXXVI do art. 5º da CF/88.

Em decorrência da força obrigatória dos precedentes judiciais, as pessoas devem consultar a jurisprudência antes da prática de qualquer ato jurídico, uma vez que a conformidade com as normas, na qual se incluem os precedentes judiciais também deve ser verificada. O que constitui pressuposto para que o ato jurídico seja reputado perfeito. As cortes de justiça, por seu lado, ao julgar, por exemplo, a validade de um ato jurídico, terá que verificar a jurisprudência imperante à época. Portanto, *tempus regit actum*.

Afinal não podemos comparar a busca pela tutela jurisdicional com um jogo de loteria, como também é preciso compatibilizar a força dos precedentes judiciais e a necessidade premente de individualização do Direito.

Se existir fundamento suficiente para afastar um entendimento jurisprudencial já consolidado, deve então o magistrado exercer plenamente o seu livre convencimento, sem qualquer vinculação aos julgamentos anteriores. Caso contrário, será necessário que se busque, preferencialmente junto aos tribunais superiores, a interpretação uniformizada sobre o tema. Aliás, pode haver precedente com força cogente, de modo que o juiz dele não possa se afastar.

Os seguidores do *civil law* difundiram a noção de que a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei. A subordinação e a vinculação do juiz à lei constituiriam, portanto, as metas necessárias à concretização desse ideal.

A lei pode ser interpretada de vários modos, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, não se mostra suficiente a assegurar aos jurisdicionados a mínima segurança jurídica que se espera de um Estado Democrático^[7] de Direito.

O que se pretende, então, com a adoção de um sistema de precedentes judiciais, é oferecer soluções idênticas para casos concretos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuem o mesmo fundamento jurídico, evitando assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento desmedido na quantidade de demandas.

É relevante frisar que a formação do precedente ocorre apenas pela razão de decidir do julgado, ou seja, sua *ratio decidendi*. Noutros termos, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

As circunstâncias fáticas que embasaram a controvérsia e que fazem parte do julgado, não têm o condão de tornar obrigatória e persuasiva a norma criada para o caso concreto.

Afora isso, os argumentos acessórios elaborados para o deslinde da lide (*obterdictum*^[8]) não podem ser usados com força vinculativa por não terem sido determinantes para a decisão e, nem as razões do voto vencido e os fundamentos que não foram adotados ou referendados pela maioria do órgão colegiado.

Por essa razão, parece-me elogiável a supressão dos embargos infringentes realizada pelo CPC/2015 que como recurso já houvera desaparecido em terras lusitanas (a partir do CPC Português de 1939), vindo a introduzir uma nova técnica de julgamento para o acórdão não unânime. Quando se simplificou o procedimento, dispensando-se o ato de recorrer e, ainda, haver prazo para as contrarrazões e nem discussões sobre o cabimento dos embargos infringentes. Pois, havendo divergência, simplesmente o processo prossegue, havendo a ampliação do quórum e a continuidade do julgamento.

Na praxe forense brasileira, o uso de voto vencido para fundamentação de um pedido ou mesmo de trechos de ementas sem qualquer vinculação à tese jurídica que solucionou a controvérsia originária, não pode servir de subsídio ao magistrado no julgamento de casos supostamente semelhantes.

Não é raro encontrar petições, invocando decisões consolidadas como fundamentação para casos que não possuem qualquer semelhança com precedente invocado. Assim, não é raro também encontrarmos juízes que premidos, pela pregação em prol da eficiência e da celeridade processual, lancem em suas decisões, trechos de acórdãos de tribunais superiores sem justificar devidamente o porquê da aplicação da mesma tese jurídica.

Portanto, é importante e necessário, antes que se promova a total familiarização com o sistema de precedentes judiciais no Brasil, que identifiquemos a compreensão do tema entre os operadores do direito e que se dê condições ao magistrado para que este exerça o seu livre convencimento sem a costumeira preocupação com metas; mas sim, com o critério de justiça adotado e com a necessária qualidade de seus julgados.

É verdade que alguns precedentes possuem autêntica eficácia normativa e, portanto, devem ser obrigatoriamente observados pelos magistrados. O sistema do *stare decisis* entendido como precedente de respeito obrigatório corresponde à norma criada por decisão judicial e, que, em face do *status* do órgão que a criou, deverá ser obrigatoriamente respeitada e acatada pelos órgãos de grau inferior.

E pressupõe simultaneamente uma atividade constitutiva da jurisdição (como a de quem cria a norma) e a atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir fielmente o precedente judicial em suas decisões.

Vige de certa forma no Brasil o *stare decisis*, pois o STF e o STJ além de terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva da jurisdição, criadora do direito), os juízes inferiores também têm o dever de aplicar o precedente judicial criado por essas Cortes (concretizando assim a teoria declaratória). Adotamos pois uma bipolaridade quanto ao sistema de precedentes judiciais, pois ora somos criadores do direito e ora somos apenas aplicadores e descobridores do direito.

Deve-se observar que a atividade do STF e do STJ não está de forma nenhuma vinculada ao direito consuetudinário^[9](conforme vige no *common law*). Não há obrigatoriedade de respeito ao direito dos antepassados, tal como ocorre no sistema britânico^[10]. Exatamente nesse ponto é que se diferencia o nosso ordenamento do sistema jurídico anglo-saxão.

Aplica-se de forma mitigada, no ordenamento pátrio, o *stare decisis*, porém desvinculado da noção de que o juiz deva apenas declarar o direito advindo do precedente judicial firmado em momento anterior, obviamente com os acréscimos decorrentes de circunstâncias fáticas diversas.

Nos países de tradição britânica podemos afirmar que o juiz, em suas decisões, deve respeitar o passado, o que perfaz a natureza declaratória da atividade jurisdicional. Assim pode haver o *common law* sem necessariamente haver o *stare decisis*, ou seja, a força obrigatória dos precedentes judiciais, e vice-versa.

O respeito ao *common law* em sua pátria de origem é mais visível e palpável, enquanto que nos EUA^[11], o *stare decisis* é mais crasso e onipotente, sem tanto comprometimento com o direito dos antepassados, o que se justifica por razões políticas e históricas.

O *stare decisis* é relativamente novo enquanto teoria. Já o *common law* é antigo. E, os juízes que operaram nesse sistema

sempre tiveram que respeitar o direito costumeiro, mas apenas de uns tempos para cá, é que passaram então a obedecer aos precedentes judiciais. E, isso não implica obviamente, que os referidos juízes não possam superar tais precedentes judiciais.

A evolução do *common law* e principalmente em razão da grande conveniência trazida pela uniformização de decisões judiciais (ou seja, de prover decisões iguais para casos idênticos) culminou então com a força normativa dos precedentes judiciais.

Igualmente no sistema *civil law* o mesmo fenômeno fora observado, onde o fato de haver a utilização de precedentes judiciais, não tem como consequência a revogação das leis já existentes. Afinal, reconhece-se que a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa e não legislativa.

Por mais que exista a omissão normativa ou que a lei preexistente não vem atender às particularidades do caso concreto, o Judiciário não poderá se substituir ao Legislativo. Nem mesmo nos casos de mandado de injunção, aonde só vem materializar a garantia constitucional já previamente existente embora em cunho genérico e não regulamentado.

Na prática, contudo, não é o que se verifica. Em nome de certos princípios, aplicados sem qualquer explicação para sua incidência no caso concreto, o julgador se afasta constantemente da lei, criando com suas decisões verdadeiras normas jurídicas.

Os precedentes vinculantes não devem ser aplicados de qualquer forma pelos magistrados. É preciso que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. É necessário considerar as peculiaridades de cada caso concreto submetido ao crivo judicial, e, assim, atentar se o caso-paradigma possui realmente alguma semelhança com aquele que está sendo analisado.

A partir dessa comparação, na teoria dos precedentes[12], havendo dissonância que recebe o nome de *distinguishing*, ou seja, perfazendo a distinção. É usado o método do confronto pelo qual o juiz, verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

Se não existir similitude e nem coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente judicial, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso concreto que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá se ater a hipótese *sub judice*, sem se vincular ao precedente judicial e nem ao julgamento anterior.

No sistema britânico[13] o juiz embasará suas decisões no direito costumeiro. Mas, no Brasil, o julgador prioritariamente deverá aplicar o precedente com força obrigatória mas de forma fundamentada. Frisando que a fundamentação deverá atender ao disposto no art. 489 do CPC/2015.

Não existindo o precedente judicial ou, sendo o caso de distinção do precedente invocado, deve-se aplicar a lei, não sem antes fazer o confronto com os princípios constitucionais. Pois no caso de obscuridade ou lacuna da lei, deverá se recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito (art. 140 do CPC/2015). E só decidirá por equidade[14] apenas nos casos previstos em lei.

Não obstante a ideia de obrigatoriedade dos precedentes judiciais, estes não devem ser invocados em toda e qualquer situação. Pois muitos fatos não guardam relação de semelhança e nem de similitude, mas exigem a mesma conclusão jurídica. Em outros fatos, porém, apesar de até existir a similitude, a peculiaridade do caso concreto o torna substancialmente diferente.

Portanto, mesmo diante de um precedente judicial vinculante, poderá o julgador laborar *odistinguish* do caso concreto que lhe é submetido, buscando, assim, a individualização do direito.

O mais relevante nessa distinção é que exista a motivação eficiente e explicativa (ou seja, adequada e específica) conforme propõe o art. 93, IX da CF/88. Essa motivação significa que as decisões judiciais não devem apenas se reportar aos dispositivos da lei, e aos conceitos abstratos e abertos e, nem a súmulas ou ementas de julgamento.

As decisões devem expor os elementos fáticos e jurídicos onde o magistrado se apoiou para decidir. E, nessa fundamentação deve ainda o julgador identificar exatamente as questões que considerou como essenciais e fulcrais para o deslinde da causa. Principalmente quanto à tese jurídica escolhida.

Porque a fundamentação se erige como norma geral, um modelo de conduta para toda a sociedade, principalmente para os indivíduos que nunca participaram daquele processo e, também para os demais órgãos do Judiciário, haja vista ser legitimamente a conduta presente.

É coerente afirmar que a atividade interpretativa do juiz não encontra fundamento apenas na lei. É evidente que os princípios e entendimentos jurisprudenciais sejam exemplos tomados habitualmente pelos magistrados, principalmente no momento de proferir a decisão. E, até no momento de escolher a tese jurídica a ser adotada.

Porém, a atividade interpretativa do julgador seja em razão da realidade ou apenas da evolução^[15] tende a se modificar ao passar dos anos. E, a necessidade de sistematização dos princípios, se faz para erigir uma conexão com outras normas presentes e vigentes

no ordenamento jurídico, e que confirmam as formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo jurídico.

Ainda que se deseje do Judiciário que as soluções sejam dotadas de maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como mumificar os órgãos jurisdicionais, no sentido de vincular *ad aeternum* a aplicação de determinado entendimento ou precedente judicial.

Por essas razões é que a doutrina bem amparada pelas teses norte-americanas professa a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. O *overruling* é técnica distinta do *distinguishing*, na medida em que este se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente, enquanto que aquele corresponde à revogação ou superação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

Através do *overruling*^[16] o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo, em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação.

O paradigma escolhido se aplicaria ao caso concreto sob julgamento, contudo, em face desses fatores, não há conveniência na preservação do precedente judicial. Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não volte acontecer.

Ressalte-se que somente o órgão judicial legitimado poderá proceder à revogação do precedente. Desta forma, um precedente da Suprema Corte somente por esta Corte poderá ser revogado, e o mesmo, ocorre com os precedentes do STF e do STJ.

Há de se lembrar de que o art. 15 do CPC/2015 explicita que o processo civil regerá as questões de direito público. Então, quando cogitamos de processo civil que vai dar solução para lides públicas, eleitorais trabalhistas e administrativas. Logo, os poderes dos precedentes judiciais extrapolam ao processo civil e chega ao âmbito das relações privadas, indo mesmo atingir preciosas questões do direito público.

Quando um precedente judicial já se encontra consolidado, no sentido de os tribunais terem decidido de forma reiterada em determinado sentido, a sua superação não deveria ter eficácia retroativa, porque todos os jurisdicionados que foram beneficiados pelo precedente superado agiram de boa-fé, confiando na orientação jurisprudencial então pacificada.

Infelizmente, essa não é regra vigente em nosso sistema. Na aplicação do *tempus regit actum* considera-se tão somente a lei em sentido estrito, que era vigente à época do ato jurídico, e não propriamente a jurisprudência.

Em face da adesão ao *stare decisis*, há que se repensar essa prática, pois há de se fazer uma releitura do dispositivo constitucional que é garantidor da segurança jurídica. Sob pena de abalar tal precioso valor.

Desta forma, no Brasil, se ocorrer a revogação de um precedente judicial e ocorrer a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora - é o que se denomina retroatividade plena - sem levar em conta a jurisprudência dominante à época do aperfeiçoamento do ato jurídico?

Respeitam-se tão somente as relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada material e, às vezes a travestida de direito adquirido, esquecendo-se que tais garantias gozam de

igual *status* constitucional. As normas em sentido *lato* do tempo da constituição do ato é que devem reger o ato, e não apenas a lei.

E, por cogitar em coisa julgada, há de se lembrar de sua ampliação conceitual positivada, posto que abrigue a questão prejudicial, e se pode cogitar que atualmente, há o entendimento prevalente no STF é no sentido de que a jurisprudência não deva retroagir para atingir a coisa julgada.

Assim, mesmo que haja mudança de entendimento da Corte Suprema, as situações já consolidadas, não deverão ser revistas, mesmo que no fundo se refira à matéria constitucional.

Apesar de se tratar de conceitos distintos (precedente e jurisprudência^[17]) a ideia que se pretende extrair do julgado da STF, é *in litteris*: "a coisa julgada não pode ser relativizada para atingir situações já consolidadas sob o fundamento de violação à literal disposição de lei". (art. 485, V, do CPC/73). O art. 966, inciso V do CPC/2015 expressou-se melhor ao prever "violar expressamente norma jurídica". Norma que poderá ser oriunda do direito positivo ou jurisprudencial.

Desta forma, um precedente judicial revogado não deverá a retroagir para atingir situações jurídicas definitivamente decididas, sobre a qual já se formou a *res judicata*.

Em resumo, para os processos em tramitação, bem como para os que serão propostos futuramente, valerá a regra da retroatividade, pouco importando o momento da constituição da relação jurídica deduzida no processo.

Para evitar essas situações, é que considero que a superação do precedente pode admitir, excepcionalmente, a adoção de efeitos prospectivos, não abrangendo as relações jurídicas praticadas antes da prolação da decisão revogadora.

Tal proposição evitaria situações, nas quais o demandante, vencedor nas instâncias inferiores justamente em virtude destas estarem seguindo o entendimento das cortes superiores, fosse surpreendido com a mudança brusca desse mesmo entendimento.

Sublinhe-se que é o tempo da relação jurídica de direito material deduzida no processo, e não o tempo processual. Se o precedente judicial passa a figurar como uma das espécies normativas, a partir da lei e dos princípios, o ato jurídico, constituído em consonância com essa normatividade, deve estar imune a qualquer alteração jurisprudencial posterior sobre a matéria.

No CPC/73, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos que apontam que a teoria dos precedentes também ganhou corpo no âmbito processual. Exemplificando: art. 285-A, art. 481, parágrafo único, art. 557, art. 475, terceiro parágrafo e art. 518, primeiro parágrafo. (Vide no CPC/2015 os art. 332, 949, 932, 496 e 1.010. parágrafo primeiro).

O marco mais reconhecido, no entanto, no estudo dos precedentes judiciais é a EC 45/2004 que além de ter promovido a denominada reforma no Poder Judiciário e inserido em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes, introduziu a repercussão geral^[18] nas questões submetidas ao recurso extraordinário (art. 102, terceiro parágrafo da CF/88).

Reafirma-se essa ideia que se coaduna com o teor do art. 5º, inciso XXXVI da CF/88, segundo a qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Conclui-se que a CF/1988 não permite que os atos normativos do Estado atinjam as situações passadas. Sendo compreensível o entendimento do STF.

No entanto, há de se estabelecer um paralelo entre a previsão constitucional e o sistema de precedentes judiciais, e percebe-se

que o texto constitucional também não admite que as soluções apontadas pelo Judiciário para uma mesma questão de direito, sejam dadas das mais diversas formas dentro de um curto espaço de tempo.

Assim, o que deseja a Constituição Federal brasileira garantir é certa previsibilidade do resultado de determinadas demandas, de forma a proporcionar aos jurisdicionados maior segurança jurídica, quer na formação do ato jurídico, quer no momento de se buscar a tutela jurisdicional.

No âmbito do sistema jurídico brasileiro, os precedentes judiciais objetivam alcançar a exegese que forneça essa certeza aos jurisdicionados em temas polêmicos, uma vez que ninguém restará seguro de seu direito ante uma jurisprudência incerta.

A previsibilidade do resultado de certas demandas não acarretará a mumificação do Poder Judiciário, posto que os processos se refiram as questões de fato que continuarão a serem decididas conforme as provas carreadas nos autos. Afora isso, os tribunais poderão modificar seus precedentes, desde que o façam em decisão devidamente fundamentada.

A eficácia prospectiva da modificação dos precedentes ou *prospective overruling* poderá ser verificada através de controle de constitucionalidade. Mas se trata de medida excepcional e que deverá ser usada considerando-se o fim desejado^[19] pela nova norma, o tipo de aplicação que se mostra mais adequada e o grau de confiança que os jurisdicionados depositaram no precedente que irá ser superado.

De qualquer maneira, é inegável que, em nome da segurança jurídica, a decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade poderá resguardar até mesmo o ato formado segundo um regramento reputado como inconstitucional.

Tecer considerações sobre a evolução dos precedentes judiciais no direito brasileiro é algo difícil principalmente diante daqueles que anunciam um novo direito processual, onde há o especial destaque para a atuação paradigmática dos julgadores, notadamente dos tribunais superiores.

No afã de se solucionar com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia as demandas de massas, as causas repetitivas e os recursos repetitivos, ou melhor, as causas cuja relevância ultrapassa ao âmbito dos interesses subjetivos das partes, é um desafio ferrenho.

Não podemos crer que os precedentes judiciais no Brasil apenas surgiram após a promulgação da EC 45/2004 que introduziu em nosso ordenamento os enunciados de súmula vinculante, editadas apenas pelo STF.

Há mais de vinte anos o direito pátrio vem adotando o sistema de precedentes judiciais, e dependendo da hierarquia do órgão decisor.

Lembremo-nos da Lei 8.038/90 que permitiu ao relator do STF ou do STJ, decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como ainda, negar o seguimento do pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal (art. 38).

Ademais a EC 3/1993 que acrescentou o segundo parágrafo do art. 102 da CF/88 e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo STF em Ação Declaratória de Constitucionalidade pode ser considerada como o primeiro marco normativo da aplicação de precedentes judiciais no Brasil.

A repercussão geral, matéria igualmente disciplinada no CPC, sempre existirá quando o recurso extraordinário impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal art. 543-A do §3º, do CPC/73 (vide art. 1.035 do CPC/2015). Por esses dispositivos, presente-se a força dos precedentes formados no âmbito do STF.

A gradativa ênfase ao caráter paradigmático das decisões dos tribunais superiores brasileiros nos fornece a impressão da importância do tema, principalmente se encararmos os precedentes como instrumentos que podem conferir maior efetividade aos princípios elencados no texto constitucional, como o da segurança jurídica, da isonomia e da motivação das decisões judiciais.

O sistema de precedentes judiciais na terra *brasilis* resta incompleto e depende ainda de algumas imprescindíveis correções para que dele se possa extrair a finalidade esperada.

Não é raro haver resistência na doutrina e na jurisprudência sobre a aplicação de precedentes judiciais. E, em razão da lenta velocidade pela qual se processam as alterações legislativas no Brasil, a tendência é que a jurisprudência ganhe destreza, a fim de que possa melhor solucionar as soluções que possam ser resolvidas pela aplicação literal da lei.

O aperfeiçoamento do *stare decisis* brasileiro contempla com mecanismos que buscam a uniformização e estabilização da jurisprudência pátria. Prevê a priori três tipos de vinculatividade: a forte, a média e branda. A vinculação forte advém da lei, da aplicação da lei no IRDR, nos recursos repetitivos, das súmulas [\[20\]](#) vinculantes e, etc... A vinculação mediana é que advém de súmulas do STJ e STF, e a vinculação fraca advém da jurisprudência dos tribunais estaduais.

O novo CPC ao estabelecer os elementos e efeitos da sentença se deteve no conceito de fundamentação de atos judiciais, impondo que não se considerará fundamentada qualquer decisão judicial quando se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e nem demonstrar que o caso *sub judice* se ajusta àqueles fundamentos; ou deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocando pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Não basta, portanto, que se aponte o precedente, a súmula ou o julgado. É curial que se identifique os fundamentos determinantes que o levaram a seguir o precedente. Explicando os motivos pelos quais está aplicando a orientação consolidada jurisprudencialmente ao caso concreto. E, nesse sentido, é que se encontram os parâmetros para a utilização, se for o caso, para o *distinguishing*.

Deverá ainda, o juiz demonstrar, se houver a distinção entre o precedente e o caso concreto em análise ou então, que o paradigma invocado resta superado.

Ao positivar o precedente judicial se buscou a adequação dos entendimentos jurisprudenciais em todos os níveis de jurisdição, evitando a dispersão e a intranquilidade social e, ainda, o descrédito nas decisões emanadas pelo Judiciário.

Tratou o legislador explicitamente da aplicação do *distinguishing*, ao proibir a edição de súmulas que não considere os detalhes fáticos do precedente que motivou a sua criação. Procurou-se prevenir, assim, a inadequada consolidação de enunciados de súmulas, e, *ipso facto*, a errônea aplicação dos precedentes aos casos sob julgamento.

Em verdade, o CPC/2015 traçou um roteiro de como os julgadores deverão aplicar precedentes. E, não se trata de mera

faculdade e, sim, de imperatividade. O que poderá levar alguns, a cogitar que se está afastando a independência^[21] do juízo e o princípio da persuasão racional que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa.

Entretanto, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, ao não ser pelo fato que, geralmente, este contenha mais elementos de concretude do que aquela. Como é cediça, a lei é genérica.

Tal como no sistema positivado, também no *stare decisis*, existe o livre convencimento do juiz que incide sobre a definição da norma a ser aplicada seja por meio de confronto *daratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento, sobre a valoração das provas e, finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, considerando as circunstâncias peculiares da hipótese em julgamento.

De maneira que existindo o precedente sobre a questão posta em julgamento, conforme consta do NCPC, ao juiz não se dará opção de escolher outro parâmetro de apreciação da causa. Só será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes.

Poderá até usar de tais espécies normativas para construir a fundamentação de ato decisório, porém jamais poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. Tal obrigatoriedade conduz a força normativa cogencial que respalda sua racionalidade no fato de que cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF dar a última palavra sobre as controvérsias constitucionais.

Portanto, por mais que o julgador tenha outra compreensão ou leitura da matéria *sub judice*, a contrariedade só poderá protelar o

processo por meio de sucessivos recursos e, conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia.

A vinculação se restringe à adoção da regra contida na *ratio decidendi* do precedente. Não se cogita da supressão da livre apreciação da prova, da decisão da lide, atendendo aos fatos e às circunstâncias presentes nos autos, enfim do exercício do livre convencimento fundamentado do juiz.

Frise-se ao juiz permite-se não seguir o precedente ou a jurisprudência, quando deverá demonstrar de forma fundamentada, que se trata de situação particular e distinta e que não se enquadra nos fundamentos do precedente.

Assim os fundamentos jurídicos passarão ser buscados prioritariamente nas decisões judiciais. Como primeiro juiz da causa, caberá ao advogado indicar ao julgado o precedente a ser aplicado, demonstrando, naturalmente, a semelhança entre o caso submetido a julgamento ou, ainda, a distinção entre o paradigma apontado e o caso concreto...

Tal procedimento evitará o ajuizamento de ações e recursos desnecessários e, ainda, transformará mais segura a consulta sobre as possíveis conseqüências de uma demanda. Também permite o novo *codex* a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica. Porém tal superação deve ser cuidadosa, podendo até ser precedida de audiências públicas que servirão para democratizar o debate e legitimar as novas decisões sobre o tema em debate.

Relevante os efeitos e modulação dos efeitos dos precedentes. Pois em regra geral, o entendimento das Cortes superiores se aplica aos casos em trâmite, ou seja, aquelas demandas pendentes de julgamento, não importando a jurisprudência prevalente à época da formação jurídica em juízo deduzida.

Mas, por outro viés, aquelas ações que já tenham sido completamente decididas sob a força do entendimento anterior, não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada.

E a fim de evitar ou minorar prejuízos em face da mudança brusca de jurisprudência das cortes superiores, e desta forma, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica, quando exercer o seu direito constitucional de ação, o tribunal também poderá modular ou ponderar os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe eventuais efeitos prospectivos.

Mas, não admitindo relativizar a coisa julgada em decorrência da superação de precedente judicial.

O efeito vinculante do precedente judicial dependerá da adoção dos respectivos fundamentos pela maioria dos membros do colegiado, ainda que desse entendimento, não resulte súmula.

Nesse sentido, a *ratio decidendi* extraída do voto vencido não constitui precedente vinculante. A vinculação, nesses casos, se dará de forma hierarquizada. O STJ deve observar o entendimento do STF, e, assim por diante, com relação aos tribunais de segundo grau. E, também os órgãos fracionários deverão seguir os precedentes fixados pelo tribunal.

Pela nova lei processual evitará que situações nas quais dois ou mais jurisdicionados, em situações jurídicas semelhantes, possuem seus recursos julgados de formas completamente distintas, porque um deles fora distribuído para a primeira turma do STJ e o outro para a terceira turma do mesmo tribunal.

Prevê a eficácia vinculante poderá ser afastada quando os fundamentos do caso paradigma, não forem imprescindíveis para o

resultado final ou quando não forem adotados pela maioria dos membros do colegiado, ainda que estejam presentes no acórdão.

Disso, depreende-se que terá o efeito vinculante apenas os argumentos essenciais, os que definirem a tese a ser aplicada e que forem aceitos pela maioria.

Assim evita-se que se apoiem em votos vencidos ou em precedentes que não se amoldam ao caso concreto para sustentar suas teses. O que é válido tanto para advogados como para julgadores.

A formação do precedente observará forçosamente o devido processo legal, e também será vedada tal formação caso as partes não tenham a oportunidade de se manifestar. Portanto, o uso do precedente só garantirá a estabilidade quando assegurada a plena participação dos litigantes. Do contrário, ter-se-á a negação ao acesso à justiça.

A reclamação é cabível para preservar a competência do STF e STJ, bem como para garantir a autoridade de decisões por eles prolatadas. É possível ajuizar reclamação para garantir a autoridade das súmulas vinculantes^[22]. Mas, não se aplica às súmulas convencionais da jurisprudência do STF ou STJ.

Observa-se que a reclamação é essencial instrumento de defesa judicial das decisões proferidas pelas cortes estaduais, no exercício da função de guardiãs das Constituições estaduais. Simetricamente, a reclamação prevista no texto constitucional poderá ser usada no âmbito dos Estados, a depender de regulamentação da constituição local.

Existe a possibilidade rara e transitória de reclamação para o STJ contra acórdão de turma recursal: quando houver afronta à jurisprudência pacificada em recursos repetitivos; houver violação

de súmula de STJ; se for teratológica. E, nesses casos, a reclamação tem cabimento até que seja criada a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do DF.

Ampliam-se as hipóteses de cabimento de reclamação constitucional ao prever que esta poderá ser ajuizada para garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência...

Estando a tese jurídica firmada em recurso repetitivo pode o jurisdicionado, ou o próprio MP pode propor a reclamação a fim de chamar a atenção da instância inferior para necessidade de cumprir e acatar a decisão consolidada.

O único impedimento para a aplicação da reclamação é a coisa julgada, que deve ser compreendida como a coisa julgada material, ou seja, aquela que confere à decisão às qualidades de indiscutibilidade e imutabilidade. É o entendimento firmado pelo STF.

O incidente de assunção de competência permite que o relator submeta o julgamento de certa causa ao colegiado de maior abrangência dentro do tribunal conforme dispuser o regimento interno. A causa deve envolver importante questão de direito, dotada de grande repercussão social, de forma a justificar a apreciação pelo plenário, órgão especial ou outro órgão previsto no regimento interno para assumir a competência para julgamento do feito.

A assunção de competência somente tem lugar no julgamento de apelação ou de agravo, ou seja, nos tribunais de segundo grau. Em qualquer recurso, na remessa necessária ou nas causas de competência originária, poderá ocorrer a instauração de incidente.

Há a previsão no CPC/2015 que garante a vinculação de todos os juízes e órgãos fracionários do respectivo tribunal ao entendimento firmado no incidente de assunção de competência. Portanto, se refere a um precedente de força obrigatória, cuja observância pode ensejar a propositura de reclamação.

Oportuno sublinhar que de acordo com o Novo CPC o precedente judicial firmado neste incidente poderá ser usado em diversas hipóteses de julgamento antecipatório, evitando o trâmite de causas que tratem de questões idênticas, e garantindo ao julgador que aplique ou distinga o caso daquele segmentado na jurisprudência. Assim, aperfeiçoou-se o caráter normativo e sistemático do instituto.

Recordamos que pelo mais de forma mais simplificada, já existe uma técnica de composição ou prevenção de divergência e está prevista nos Regimentos Internos do STF, no art. 22, parágrafo único, alíneas a e b e do Regimento Interno do STJ, no art. 14, II e art. 12, parágrafo único.

As técnicas processuais que tanto valorizam os precedentes judiciais e, *ipso facto*, a celeridade processual, a isonomia e a segurança jurídica, devem servir para aprimorar a sistemática processual civil e nunca com o intuito de engessa a atuação interpretativa dos juízes e dos tribunais brasileira e nem para limitar o direito de acesso à justiça.

O processo civil deve estar disponível e permeável ao diálogo e à troca de experiências. E para tanto para se efetivar o Estado Democrático de Direito há de se ter um ordenamento jurídico coerente. A função e razão de ser dos tribunais brasileiros é proferir decisões que se amoldem e adequem ao ordenamento jurídico e que sirvam de norte para os demais órgãos integrantes de Poder Judiciário.

Curial sublinhar que a adoção dos precedentes não significa a eternização dos entendimentos jurisprudenciais ou das decisões judiciais. O juiz continuará a exercer seu livre convencimento e a agir conforme a ciência jurídica e a consciência, afastando determinada norma quando esta não for capaz de solucionar de forma efetiva o caso concreto. Devendo demonstrar as razões de convencimento na motivação.

É através da motivação que se auferirá o exercício jurisdicional e, conseqüentemente, a eficiência do sistema de precedentes judiciais adotado pelo CPC/2015.

No sistema judiciário brasileiro existe uma crise instalada em razão de excessivo número de demandas e recursos para os tribunais superiores. E também no plano jurisprudencial, nos deparamos como a dinâmica caótica da loteria, onde a sorte dos jurisdicionados está relacionado com o juiz ou tribunal que irá decidir o caso concreto, pois diante de uma mesma regra jurídica ou até princípios, existem diversas interpretações distintas.

E tal fenômeno abala a certeza do direito, sua previsibilidade, causando uma crise por insegurança jurídica. E, ainda compromete a existência e vigência do próprio Estado de Direito, na medida em que as coisas passam ocorrer como houvesse várias leis regendo a mesma conduta.

E, então, surge o questionamento: a doutrina do *stare decisis* ou dos precedentes vinculantes, que progressivamente aumenta a uniformização da jurisprudência, seria a solução para a crise do sistema judiciário brasileiro?

Os precedentes com efeito normativo conforme ocorre no *common law* implica na obrigação de aplicá-los conforme os casos semelhantes em julgamento, garantindo, desta forma, a previsibilidade do Direito bem como a sua estabilidade e

principalmente materializando o tratamento isonômico aos jurisdicionados conforme o mandamento constitucional.

A identificação da jurisprudência como uma das fontes do direito constitui o elemento comum aos ordenamentos jurídicos do Ocidente. O que varia é sua eficácia e a forma de operação de tais precedentes.

Em França, por conta da ideologia liberal muito ligada aos valores burgueses que causou crise de ordem econômica e social derrubando a monarquia absoluta, a aristocracia feudal e os juízes franceses que eram relacionados a esta última. Tal crise culminou com a Revolução Francesa que trouxe uma ruptura com a ordem política e jurídica da época.

A revolução francesa desejou deixar de lado o Poder Judiciário pois afinal os juízes eram ligados aos reis franceses e senhores feudais. E, na época, os cargos de juízes eram herdados e até mesmo comprados.

Os revolucionários franceses marcharam contra o absolutismo ,e desejaram substituir o rei por outro poder absoluto, o da Assembleia soberana. Assim, justifica-se que o parlamento tenha avocado para si a competência exclusiva de criar o direito, de maneira que a atividade dos juízes deveria se restringir apenas a declarar^[23] a lei... ou seja, ser *la bouche de la loi*.

Foi nessa mesma época que elaborou sua tese de que não poderia existir liberdade, caso o Judiciário não estivesse separado dos poderes Legislativo e Executivo, o que consubstancia a teoria da separação dos poderes. Assim, para Montesquieu não poderiam os juízes ter o poder de interpretar as leis e nem as de *imperium*, porque, caso contrário, poderiam distorcê-las e finalmente frustrar os objetivos do novo regime...

Então, nesse cenário surgiu o sistema *civil law* que tem como fonte principal do direito a lei, obra do poder legislativo e do prestígio do parlamento. Onde o Parlamento ficou com a atribuição de formular leis claras, objetivas e universais de forma que abrangessem todas as soluções possíveis e imagináveis para os conflitos humanos. Não restaria espaço para a interpretação ou criação dos juízes, buscava-se a segurança jurídica exclusivamente nos textos positivados das leis.

No Reino Unido, o berço original do sistema *common law*, o desenvolvimento ocorreu de forma contínua e gradativa, sendo produto de uma longa e sofrida evolução[24]. Nesse sistema, o Legislativo não se opunha ao Judiciário, chegando mesmo, a com ele se confundir. No direito britânico, o juiz esteve ao lado do Parlamento na luta contra o arbítrio do monarca, reivindicando a tutela dos direitos e das liberdades dos cidadãos. Ele não só interpretava a lei como também extraía direitos e deveres a partir do *common law*.

A tradição do *common law* caracterizada pelo direito costumeiro e o *stare decisis* principalmente pelo respeito obrigatório aos precedentes judiciais que são considerados como fonte primária do direito, conferindo maior segurança e previsibilidade nas decisões. No Reino Unido, as leis estavam submetidas a um direito superior, o *common law*, e se assim não fosse, estas seriam nulas e destituídas de eficácia.

É sabido que nosso país é filiado no sistema *civil law*, desde muito tempo vem sofrendo o excesso de divergência jurisprudencial, o que torna a lei insuficiente para garantir segurança jurídica à sociedade. Entretanto, hoje o que se observa é uma grande mutação dos sistemas, para sistema híbrido. Estamos diante de um novo *civil law* e de um novo *common law*, e ambos exploram a principal forma de direito do outro, sem, contudo alterar-se.

Na doutrina do *stare decisis* ou dos precedentes obrigatórios onde os juízes e tribunais devem seguir os precedentes existentes, mas no fundo, eles devem seguir *aratio decidendi* dos precedentes. Por esse motivo, se torna muito importante identificar *aratio decidendi* porque apenas esta, tem o efeito vinculante obrigando os juízos a respeitá-la também nos julgamentos futuros.

Há muita discussão sobre a definição de *aratio decidendi* e também em relação à escolha do método mais eficaz para identificá-la no bojo dos precedentes. São muitas concepções vigentes, mas podemos apontar a mais comum como: a regra do direito explicitamente estabelecida pelo juiz com base de sua decisão.

Ou seja, a resposta explícita a questão de direito do caso concreto; a razão exteriorizada e dada pelo juiz para a decisão, ou seja, a justificação para a resposta oferecida como sendo a resposta ao caso concreto; por outro lado, há a regra de direito implícita nas razões do juiz para justificação de sua decisão (é a resposta implícita a questão de direito do caso).

Igualmente existe discussão sobre o melhor método para se identificar a *ratiodecidendi*. No *common law*, observa-se três teorias usadas, a saber: a teoria de Wambaugh[25], teoria de Olyphant[26] e a teoria de Goodhart[27].

A primeira é considerada a tese clássica e afirma que a *ratio decidendi* é a proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa e propõe um teste, de acordo com o qual se deve alterar o conteúdo da premissa para verificar se a decisão se mantém ou não, a mesma. De sorte que se a decisão vier a sofrer mudança, a premissa era realmente necessária e se constituía na *ratio decidendi*. Por outro lado, se a decisão permanecesse inalterada, a premissa era mero *obiter dictum*.

A tese de Olyphant rejeita a busca da *ratio decidendi* no raciocínio do juiz para chegar   decisão, posto que entenda que a opinião do tribunal   a racionaliza o preparada depois da decisão que d  boas razões, mas não, as razões reais. Assim sugere que os fatos levados ao tribunal sejam considerados como estímulos a uma resposta. No seu entendimento, a combina o dos estímulos e a resposta são a *ratio decidendi*, que   a decisão real do caso.

A teoria de Goodhart consiste essencialmente na determina o da *ratio* de um precedente mediante a considera o que: dos fatos tidos como fundamentais, na  tica do juiz do precedente; da decisão do juiz baseada nesses fatos. A fundamenta o disso está no fato de que, no julgamento de um caso concreto, o direito   analisado pelo juiz ou por qualquer outro intérprete, levando em considera o os fatos do caso, e restando, por conseguinte, que o peso das proposi es afirmadas pelo julgador com base nos fatos fundamentais   sempre maior do que o peso de qualquer outra coisa que o juiz afirme.

Infelizmente no Brasil, a força dos precedentes não se relaciona obrigatoriamente   resolu o dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi*  s razões suficientes   soluço das questões versadas nos casos mesmo que estas não sejam necessárias ao resultado da causa. Dessa feita, cada um dos motivos determinantes e suficientes para decidir as múltiplas questões jurídicas, constitui-se em *ratio decidendi* e, portanto, pode vincular futuras decisões relativas   análoga questão de direito.

Resta evidente que a importância de se identificar a *ratio decidendi* ou os motivos determinantes da decisão consiste em encontrar a parte do precedente que vai servir de paradigma para os casos concretos posteriores, garantindo previsibilidade e segurança na realiza o do direito.

A definição de *obiter dictum* é obtida por negação a partir da determinação do que *sejaratio decidendi* de um caso concreto, ou seja, se uma proposição ou regra de direito constante de um caso não faz parte da *suaratio*, esta é *dictum* ou *obiter dictum* e, conseqüentemente, não é obrigatória.

São consideradas *dictum* as passagens que não são essenciais ao resultado, as que não estão conectadas com os fatos do caso concreto, ou as que são dirigidas a um ponto que nenhuma das partes buscou suscitar. Apesar disto, as *obiter dictum* estão intimamente relacionados ao caso concreto em julgamento e são abordadas de forma aprofundada pelo juiz ou tribunal, assumindo o perfil e a textura muito similar ao da *ratio decidendi*. Nesses casos, observa-se que, apesar de continuarem sem efeitos obrigatórios essas *obiter dictum* possuem forte efeito persuasivo.

Com a técnica da sinalização ou *technique of signaling*, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente está equivocado ou não deva mais ser observado, porém, por razões de segurança jurídica, ao invés de revogá-lo, prefere apontar para sua perda de consistência e sinalizar para sua futura revogação.

Na técnica de *transformation*, embora o resultado a que se chega ao caso em julgamento seja incompatível com a *ratio decidendi* do precedente, tenta-se compatibilizar a solução do caso com o precedente transformado ou reconstruído, mediante a atribuição de relevância aos fatos que foram considerados de passagem.

Embora se admita o erro da tese (razão determinante) do precedente judicial, também se admite que se chegasse a resultado correto ou escorreito, porém através de fundamento equivocado.

É através do *overriding* (método de substituição) que a Corte limita ou restringe a incidência do precedente judicial, como se fosse

uma parcial revogação. Porém mais se aproxima do *distinguishing* do que de uma revogação parcial, pois, apesar do resultado do caso em julgamento ser incompatível com a totalidade do precedente, a restrição se dá com base em situação relevante que não estava envolvida no precedente.

As referidas técnicas anteriormente abordadas são de países do sistema *common law*, principalmente EUA[28]. E, no Brasil, pode-se verificar o *overriding* com a interpretação do STF dada ao enunciado 343 no enunciado de sua súmula que estabelece *in litteris*: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". Após, a edição de tal enunciado, o STF interpretou-o de forma a restringir seu alcance, por entender que não seria aplicável quando a alegada violação fosse o dispositivo da CF/88.

Analisando a eficácia dos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro, chega-se a classificação que se revela mais adequada que é a dos precedentes obrigatórios ou vinculantes; os precedentes relativamente obrigatórios e os persuasivos.

Os precedentes obrigatórios ou vinculantes são advindos da autoridade vinculante independente da opinião do julgador do caso concreto em julgamento, que deverá segui-lo, mesmo não o achando correto. É a expressão clara do *stare decisis et non quieta movere* (mantenha a decisão e não mova no que está quieto) sendo a regra preciosa no *common law*.

Os precedentes judiciais projetam efeitos não apenas entre as partes do caso concreto, mas fixam também uma orientação a ser obrigatoriamente seguida em todas as hipóteses semelhantes. Geram, assim, para além da solução do litígio específico que lhes fora submetido uma norma, isto é, uma comando aplicável, dotado

de generalidade, e incidente a todos os casos idênticos de forma permanente, sob pena de punição, à imagem e semelhança da lei.

No sistema jurídico pátrio, embora a regra seja não-normatividade, temos também precedentes vinculantes, tais como: as decisões definitivas do STF no controle concentrado de constitucionalidade; as decisões que deferem liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação Declaratória de Preceito Fundamental as decisões do STF acerca da repercussão geral; as decisões do STF em recurso extraordinário, versando sobre causas repetitivas, as súmulas vinculantes; os precedente do STJ que representem sua jurisprudência uníssona, com relação às turmas recursais estaduais; as decisões dos tribunais em sede de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestados única e exclusivamente em face da Constituição Estadual.

Os precedentes judiciais relativamente obrigatórios são aqueles cuja autoridade afirma-se por si e impõem a solução do caso em julgamento, exceto se o tribunal do caso tiver uma boa e fundada razão em contrário, hipótese que pode se afastar dele, desde que se desincumba do qualificado ônus argumentativo.

Atualmente, no Brasil, só existe uma espécie desse tipo de precedente judicial que é a decisão do STJ, em recurso especial nas causas repetitivas, conforme o art. 543-C, sétimo e oitavo parágrafos do CPC/73. Nesta hipótese ocorre que, apreciada a questão pelo STJ, os tribunais ordinários devem seguir tal decisão, para negar seguimento aos recursos especiais ou para reexaminá-los. Observe-se que não obstante o tribunal possa manter-se divergente da orientação firmada pelo STJ, conforme o art. 543-C, oitavo parágrafo do CPC/73 (art.1.036 do CPC/2015), deve apresentar fundadas razões para tanto.

Os precedentes judiciais persuasivos correspondem à regra no direito pátrio. E sua definição é feita por exclusão, ou seja, são aqueles que não forem obrigatórios e nem os relativamente obrigatórios. Também se considerada um precedente persuasivo quando o juiz não está obrigado a segui-lo, de forma que, se o seguir, é porque está convencido da sua correção.

Aponta a maior parte da doutrina que o uso de precedentes judiciais vinculantes gera uma série de vantagens entre as quais se destacam: a segurança jurídica, a previsibilidade, estabilidade, igualdade[29] perante a jurisdição e da lei, coerência da ordem jurídica, garantia de imparcialidade do juiz definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, racionalização do duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, economia processual e enfim, maior eficiência do judiciário.

Há autores que também elencam desvantagens para o uso dos precedentes vinculantes, como o obstáculo ao desenvolvimento do Direito[30] e ao surgimento de decisões adequadas às novas realidades sociais, óbice à realização da isonomia substancial, violação do princípio da separação dos poderes, violação da independência dos juízes, violação do juiz natural e a violação da garantia do acesso à justiça;

Diante do rol maior de vantagens do que das desvantagens em razão do uso dos precedentes obrigatórios, os pontos positivos se mostram mais suficientes para demonstrar o poder dos precedentes no direito brasileiro.

Autoras:

Gisele Leite e Denise Heuseler

Referências:

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472> Acesso em 05.09.2015.

RAMOS, Vinícius Estefanelli. Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24569/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-eficacia-no-sistema-brasileiro-atual/2> Acesso em 06.09.2015.

BARROSO, Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 17ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. Traduzido por Marcelo Bandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____ O Império do Direito. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. Novo Código de Processo Civil. Comparado e Anotado. Niterói-RJ: Impetus, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

NOTAS:

[1] Precedente é a norma obtida no julgamento de um caso concreto que se define como a regra universal passível de ser observada em outras situações. O termo jurisprudência é utilizado para definir as decisões reiteradas dos tribunais, que podem se fundamentar, ou não, em precedentes judiciais. A jurisprudência é formada em razão da aplicação reiterada de um precedente.

[2] Hart era positivista e dizia que o juiz cria o direito. Então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito. Hart procura traçar uma teoria descritiva da lei, em busca da segurança jurídica e pela eficiência da pressão social. Tenta também criar critérios para dizer quais regras e quais princípios são leis, sendo irrelevante sua justificação.

[3] A regra de direito ou norma jurídica do Reino Unido e dos EUA onde vige o sistema da *common law*, é muito mais específica e elaborada que a da França, Itália, Alemanha e Brasil que são integrantes do *civil law*. A *legal rule* inglesa difere da *régle de droit* francesa por ostentar menor grau de generalidade, com menor amplitude e aplicabilidade, estando vinculada a todas as circunstâncias da demanda específica que formou o precedente.

O suporte fático da norma no sistema *civil law* mostra-se genérico e abstrato em comparação com os elementos de fato do precedente do sistema *common law*, que, com todas as peculiaridades do caso concreto, integram a norma encerrada na *ratio decidendi* jurisprudencial. O fato e norma não se distinguem na regra do direito anglo-saxônico. É o precedente, pois um formato muito mais distintivo de emanção da norma jurídica, pelo que o

catálogo de direitos nos países de origem inglesa é absurdamente vasto, algo que os doutrinadores locais muitas vezes têm lamentado.

[4] A distinção existente entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, porém, supera o nível dos conceitos, alcançando a própria estrutura dos respectivos paradigmas, entendida como o modo básico de elaboração e difusão do conhecimento jurídico e a forma das relações entre as fontes do direito.

A diferença estrutural se explica historicamente pela origem das famílias jurídicas: enquanto os sistemas romanistas foram construídos de forma racional e lógica, considerando as regras de fundo do direito, graças à obra das universidades e do legislador, o direito britânico fora ordenado, longe de qualquer preocupação lógica, nos quadros que lhe eram impostos pelo processo, conservando-se, de forma geral, as classificações às quais se estava habituado devido a uma longa tradição.

Diferentemente dos romanistas, os juristas ingleses, até hoje, guardam uma tendência de valorização ao direito processual (*adjective law*), já que, na origem, seu direito não foi fruto dos princípios e teorias pregados nas universidades, mas da prática, na qual se formava o jurista, ciente da preocupação histórica de “evitar as ciladas que lhe reservava, a cada passo, um processo muito formalista”, incluindo minuciosas regras de direito probatório que marcaram o direito inglês por sua riqueza e tecnicismo, considerado excessivo por alguns.

[5] A coerência no sistema jurídico se revela inerente ao respeito aos precedentes. A nossa CF/1988 confere à segurança o *status* de direito fundamental, arrolando-a no caput do art. 5º, como direito inviolável, juntamente com os direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. A ideia de coerência traz consigo as noções de segurança jurídica e estabilidade e, conduz a uma concepção de encadeamento de complementação.

É bela a definição apregoada por Ronald Dworkin que o direito deve ser entendido como um romance em que vários escritores escrevem em cadeia (*novel in chain*). E, nessa integridade no

direito, cada romancista da cadeia vem a interpretar os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe romancista seguinte. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar, da melhor maneira possível, o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. Portanto, o juiz diante do caso concreto a ser julgado, não parte de uma tábula rasa, mas deve levar em consideração os precedentes.

[6] A assimetria na interpretação jurídica é trágica e angustiante. Pois é banal na praxe forense quando advogados ajuízam uma ação ou interpõem recurso, sabendo que as chances de êxito são pequenas ou mínimas, principalmente quando distribuído em determinada Vara ou comarca, mas mesmo assim, o fazem devido à discrepância de interpretações sobre os casos concretos análogos.

[7] Quanto à legitimidade democrática, há quem cogite que no *common law*, a vinculação dos precedentes se justifica pois parte dos juízes são eleitos popularmente e, por essa razão, os magistrados estariam legitimados para criar o direito em nome do povo, o que não acontece no sistema brasileiro. Mas é um argumento frágil, vez que o Judiciário obtém sua legitimidade da Constituição, que é democrática, além do que mesmo as altas cortes sempre apresentam alguma legitimação política, através da indicação de juízes pelo poder Executivo e a aquiescência do Poder Legislativo.

[8] O *obiter dictum* (*obiter dicta*, no plural), ou apenas dictum, corresponde aos argumentos que são expostos apenas de passagem na motivação da decisão judicial, consubstanciando juízos acessórios, provisórios, secundários, impressões e qualquer outro elemento que não tenha influência relevante e substancial para a decisão. Em geral, define-se de forma negativa. Exemplifica-se, por exemplo, quando o tribunal gratuitamente sugere como resolveria certa questão conexa ou relacionada com a questão dos autos, mas no momento não está resolvendo.

[9] Observa-se que no sistema da *common law* adota-se nitidamente um direito costumeiro, aplicado pela jurisprudência, onde no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Já na *civil law*, busca-se a segurança jurídica, enquanto na *common law* almeja-se a paz entre os litigantes, a reharmonização e a reconciliação que são objetivos diretos, e pouco importa se obtida à luz da lei ou de outro critério, desde que adequado ao caso concreto, pois o mais relevante é harmonizar os litigantes produzindo profunda influência na vida da comunidade. É a tônica da justiça paritária.

[10] Cumpre alertar que a lei britânica, não assume o caráter de princípio geral que ostenta a legislação nos sistema de direito romanista, reveste-se de uma natureza eminentemente casuística, afastando a generalização inevitável que uma obra de codificação à francesa produziria. O legislador britânico busca colocar-se, tanto quanto possível, no plano da regra jurisprudencial, considerada a única regra normal de direito. Apesar disso, os preceitos contidos na lei somente são plenamente reconhecidos pelos juristas quando aplicados, reformulados e desenvolvidos pela jurisprudência, ocasião na qual são verdadeiramente integrados ao sistema da *common law* o verdadeiramente integrados ao sistema da *common law*.

[11] É grosseria acreditar que a aplicação de um precedente judicial seja uma atividade mecânica na qual a atribuição do juiz é simplesmente verificar se algum tribunal já se pronunciou sobre a matéria semelhante e, assim decidir da mesma forma. A simples leitura do precedente e do caso sub judice é insuficiente para a boa e adequada solução do caso concreto e destoa do substrato do sistema. Impõe-se, naturalmente, uma exposição da história do caso, um relato dos fatos, apresentação das questões a serem decididas e a resolução das mesmas, bem como a explicação dos motivos sobre o modo como foram resolvidas. A partir daí, os estilos dos magistrados podem variar, sendo alguns mais prolixos, ao apresentarem aspectos históricos da doutrina, por exemplo, e outros mais sucintos, confiando na autoridade dos precedentes sem o reexame de questões menos importantes.

[12] Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira acentuam que ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas. A primeira, de caráter geral, resultante da sua interpretação e compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao direito positivo. A segunda norma tem caráter individual, e constitui a sua decisão para aquela situação específica que se lhe põe para julgamento. Desta forma o magistrado termina por elaborar norma que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso concreto. Essa tese jurídica é que denominamos de *ratio decidendi*, e deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo.

[13] A jurisprudência é consagrada como fonte por excelência do direito britânico que é estruturado sob a forma de casos regrados *ou case law*. Assim, a lei denominada pelos ingleses como *statute* desempenhava, originalmente, apenas uma função secundária, limitando-se a acrescentar corretivos ou complementos à obra dos tribunais. Contemporaneamente, porém, há vastos setores da vida social que já são regulados por textos emanados pelo legislativo, como é o caso do direito administrativo, onde a lei e os regulamentos (*delegated legislation, subordinate legislation*) alcançaram nitidamente a função normativa primária.

A lei inglesa, contudo, não assume o caráter de princípio geral que ostenta a legislação nos sistemas de direito romanista; reveste-se de uma natureza eminentemente casuística, afastando a generalização inevitável que uma obra de codificação “à francesa” produziria. O legislador inglês busca-se colocar, tanto quanto possível, no plano da regra jurisprudencial, considerada a única regra normal do direito. Apesar disso, os preceitos contidos na lei somente são plenamente reconhecidos pelos juristas quando aplicados, reformulados e desenvolvidos pela jurisprudência, ocasião na qual são verdadeiramente integrados ao sistema da *common law*.

[14] Três regras canalizam a equidade na sua aplicação usual: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; considerar judiciosamente o objeto, a forma e a pessoas da

relação *sub judice*; e, afinal, optar-se pela solução mais coerente com o equitativo (*jus bonum et aequum*).

[15] Os juízes começaram a recuperar seu poder a partir da Segunda Guerra Mundial. Com a (re) adoção das garantias, da autonomia e da independência, pouco a pouco o Poder Judiciário foi, na Europa Continental, tornando-se um verdadeiro Poder do Estado.

E, a partir daí, colocou-se a problemática da separação absoluta dos Poderes. O juiz aplica o direito preexistente, sendo, portanto, sua função, em certa medida, declaratória. Mas a lei escrita tem lacunas e, cada vez mais, precisa ser interpretada. Há, também, situações problemáticas, cuja solução não está prevista de modo específico na lei. Então a função judicial não se cinge a declarar o direito, mas, há, hoje, a tendência a se reconhecer que, em certa dimensão, o cria.

[16] É o caso do verbete 119 da Súmula do TJ-RJ: “A garantia do juízo da execução, deferida penhora de receita, efetiva-se com a lavratura do termo e a intimação do depositário, fluindo o prazo para impugnação do devedor, independente da arrecadação”. Adverte Hartmann que o retromencionado verbete necessita de uma releitura, pois o termo inicial para o oferecimento da impugnação está previsto no art. 525 do CPC. Também não há necessidade de prévia garantia do juízo para recebimento da impugnação, nos termos do mesmo dispositivo.

[17] Inicialmente, não se pode confundir precedente e jurisprudência. Precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior em casos análogos. É composto das circunstâncias de fato que embasam a controvérsia, bem como da tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (*ratio decidendi*).

A jurisprudência é a reiterada aplicação de um precedente, podendo virar, inclusive, uma jurisprudência dominante que, como o próprio adjetivo já informa, é a orientação que prevalece. É o conceito utilizado, por exemplo, pelos artigos 557 e 557 §1º-A do

CPC/73, para, respectivamente, negar ou dar provimento ao recurso, bem como mencionado nos arts. 120, parágrafo único, 543-A §3º, 543-C §2º, 544 §4º, II, “b” e “c”, todos do CPC/73.

[18] As características da repercussão geral demandam comunicação mais direta entre os órgãos do Poder Judiciário, principalmente no compartilhamento de informações sobre os temas em julgamento e feitos sobrestados e na sistematização das decisões e das ações necessárias à plena efetividade e à uniformização de procedimentos.

Neste sentido, esta sistematização de informações destina-se a auxiliar na padronização de procedimentos no âmbito do STF e dos demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a atender os objetivos da reforma constitucional e a “garantir a racionalidade dos trabalhos e a segurança dos jurisdicionados, destinatários maiores da mudança que ora se opera.”,

Todavia, o termo repercussão geral é genérico, haja vista existir flexibilidade na verificação de tal requisito de admissibilidade recursal. Entretanto é contemplado pelo STF como existente quando a questão levada a seu crivo seja relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, bem como que tenha tal importância para a sociedade que ultrapasse os interesses subjetivos das partes litigantes.

[19] Através da jurisdição impõe o cumprimento desse direito (função secundária). Seus fins, como ressaltado anteriormente, são: solucionar conflitos de interesse, controlar as condutas antissociais e a constitucionalidade normativa. Como efeito, a atividade jurisdicional produz coisa julgada, característica ínsita desta espécie de função pública. Materializar o acesso à jurisdição deve ser visto como forma de promover a inclusão social dos indivíduos menos favorecidos, revitalizando a cidadania e o Estado de Direito.

[20] Não há dúvidas de que a jurisprudência, os precedentes judiciais e as súmulas são produzidos somente pelos tribunais colegiados. O precedente sempre corresponde a um pronunciamento judicial referente a um caso concreto. Não é

possível haver precedente sem interpretação da norma por ele aplicada e conectada diretamente ao caso concreto. O precedente produz uma regra universal que pode ser aplicada como critério de decisão de caso concreto sucessivo em razão da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo casos.

A construção de súmulas remonta a prática tradicional consolidada do sistema judiciário luso-brasileiro e não deriva de decisão de caso concreto, mas de enunciado interpretativo, formulado em termos gerais e abstratos. Assim, o *dictum* sumulado não faz referência aos fatos que estão na base da questão jurídica julgada, daí não poder ser considerado como precedente em sentido próprio, mas apenas um pronunciamento judicial que traduz a eleição entre opções interpretativas referentes as normas gerais e abstratas. É evidente que sua finalidade é a eliminação das incertezas e divergências no âmbito jurisprudencial, procurando imprimir e assegurar a uniformidade na interpretação e aplicação do direito.

[21] No Estado Constitucional ainda que o Judiciário se apresente através de emaranhado de órgão e tribunais, os juízes têm competências definidas e a independência de cada um não está em atuar como entidade autônoma, descompromissada com as orientações dos tribunais superiores, inclusive com aqueles cuja atribuição é estabelecer o significado das normas.

Em síntese, a independência dos magistrados não está em poder contrariar os tribunais superiores, pois o cargo de juiz não existe para aquele que ocupa profira “a sua decisão”, mas para que ele colabore com a prestação jurisdicional, para que a decisão, em contraste ao precedente, nada representa, constituindo, em verdade, um desserviço.

Cumpra distinguir a independência do julgador e a independência de critério do juiz, porquanto aquela visa a assegurar que o juiz atue, sem ingerência ou pressões, conforme o Direito (é, portanto, objetiva e previsível, pois tem seu conteúdo jurídico). E, esta, por sua vez, é subjetiva, pessoal e imprevisível. Sendo assim

a unificação de critérios através da jurisprudência, em conformidade com o direito, não afeta a independência dos juízes.

[22] Os enunciados de súmulas vinculantes ou não, nada mais representam do que normas gerais, que apesar de julgar um caso concreto, serão aplicadas reflexamente, a outras inúmeras situações similares ou idênticas. Não cabe mencionar que o judiciário estaria legislando, pois a sua atividade criativa se dá a partir da interpretação que o mesmo faz das leis já existentes.

Cada vez mais se percebe a jurisprudência como fonte de direito, pois o magistrado transforma a norma genérica e abstrata em norma concreta e específica. Mas, o judiciário não cria direitos subjetivos, mas apenas reconhece direitos preexistentes.

[23] Há muito tempo atrás, acreditou-se que manter o juiz atado e preso à lei era sinônimo de segurança jurídica. Ingenuamente, cogitou-se que o juiz apenas declarando a vontade da lei, respeitava o cidadão, a segurança e a previsibilidade no trato das relações sociais. Porém, a praxe acabou por demonstrar que a mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e, conseqüentemente, variadas decisões judiciais. Atualmente, sabe-se que a certeza jurídica somente pode ser obtida mediante a vinculação dos precedentes.

[24] O direito britânico, pois, desde então, e até os dias atuais, passou a ostentar um caráter nitidamente dualista: a par das regras da *common law*, de base consuetudinária, produto da construção e consolidação jurisprudencial dos Tribunais Reais do século XIII, subsistem numerosas doutrinas de equity, fruto da jurisdição pessoal do monarca ou chanceler, nos séculos XV e XVI, que se destinaram, precipuamente, a corrigir ou acrescentar institutos jurídicos à *common law*.

A *equity*, por seu amadurecimento – resultante, inicialmente, da pesada influência do direito romano e do direito canônico, e, posteriormente, da formação histórica de um específico quadro político e social (pressão do Parlamento pela objetivação dos julgamentos, com vista à contenção das arbitrariedades do monarca), deixou de constituir

mero acervo de decisões fundadas no senso pessoal de justiça do julgador para representar repertório vasto de regras objetivas e técnicas, tão estritas e jurídicas quanto às da *common law*.

[25] Teste de Wambaugh Eugene Wambaugh afirma que a *ratio decidendi* de um caso é o preceito sem o qual o caso seria decidido de outra forma. Logo, a *ratio decidendi* é uma proposição necessária para a decisão. Se ao inserir na proposição uma palavra que inverta seu significado e, assim, o tribunal, admitindo a nova proposição, a tivesse tomado em conta no seu raciocínio e houvesse obtido a mesma decisão, a proposição não constitui a *ratio decidendi* do caso, mas um *obiter dictum*, ou seja, aquela parte da decisão considerada dispensável para o precedente. Por outro lado, advindo decisão diversa, pode-se dizer que o intérprete obteve êxito na busca pela *ratio decidendi*.

[26] Para Herman Olyphant, a *ratio decidendi* de um caso não tem qualquer ligação com o raciocínio do juiz para chegar à decisão. Os fatos levados ao tribunal devem ser considerados estímulos a uma resposta, a decisão real do caso. A combinação de estímulo/resposta (= fatos/decisão) representa a *ratio decidendi* do caso.

[27] Consultando Arthur Lehman Goodhart para a identificação da *ratio* devem ser observados os fatos considerados pelo juiz como fundamentais, *material facts*, e a sua decisão neles baseada.

Estabelecidos quais sejam os fatos fundamentais do precedente e quais não são, é possível encontrar a proposição do caso, que é obtida na conclusão do juiz, baseado nos fatos fundamentais e na exclusão dos não fundamentais. Isso porque o juiz, quando analisa o direito, ao levar em conta os fatos do caso, confere maior peso às posições afirmadas pelo julgador com base nos fatos fundamentais do que qualquer outra afirmação. Conclui-se que a se baseada em um fato cuja existência não fora determinada pelo tribunal (fato hipotético), não configura uma *ratio decidendi*, mas somente um *obiter decidum*.

[28] Nos EUA vige grande maleabilidade da Suprema Corta na aceitação de casos nos casos irá se manifestar e no modo da manifestação. A competência tanto originária como a recursal, que a Constituição norte-americana prevê é ínfima, reconhecendo a importância tamanha não apenas aos casos por esta, julgados mas também à própria instituição. Em verdade é o imperativo da racionalidade do sistema que impõe a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência.

[29] O direito fundamental a igualdade naturalmente inclui o direito a igualdade na aplicação do direito. E, seria um contrassenso, em um Estado Constitucional, que pessoas iguais, com casos concretos iguais e em um mesmo período histórico possam obter decisões diferentes e por vezes adversas por parte do Poder Judiciário. A previsibilidade e a confiança provenientes da jurisdição têm grande valia aos operadores do Direito no Estado Constitucional, pois permitem aos jurisdicionados preverem as consequências jurídicas de seus atos e condutas.

[30] Há de se alertar que nem mesmo em sua origem, ou seja, na *Common Law* (Reino Unido) aonde a força dos precedentes chegou a ser absoluta, insiste-se na imutabilidade dos precedentes, e nem na Suprema Corte dos EUA que, por diversas razões, tem revogado com grande frequência os seus precedentes *distinguishing* e do *overruling* fazem ruir a ideia de que a força obrigatória do precedente judicial impediria o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência, e enfim do Direito.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE ERRO DE JULGAMENTO

RICARDO SOUZA CALCINI: Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde obteve o título de Especialista em Direito Social. É também Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assessor de Desembargador no Tribunal Regional de São Paulo da 2ª Região, tem atuação direta na área do Direito do Trabalho, com ênfase em Direito Material, Processual, Ambiental e Desportivo do Trabalho. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Aplicado (IDA) e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD).

Pela sistemática do artigo 466 do Código de Processo Civil (CPC), os embargos de declaração constituem modalidade recursal, embora não sejam assim considerados, expressamente, no artigo 893 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). De toda sorte, entende-se que no processo do trabalho tal modalidade representa meio de impugnação recursal, tanto que o artigo 897-A da CLT faz menção às hipóteses de seu cabimento, quais sejam, nos casos de omissão e contradição do julgado, além de manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso interposto contra a decisão atacada.

A norma celetista, conquanto não preveja a obscuridade como hipótese legal para a oposição dos embargos declaratórios, é complementada, neste ponto, pelo artigo 535 do CPC. Ademais, a penalidade pela oposição de embargos ditos protelatórios – no importe de 1% (um por cento) sobre o valor da causa, podendo ser elevada para até 10% (dez por cento), em caso de reiteração de embargos protelatórios –, é também plenamente aplicável na seara trabalhista, por força da norma de subsidiariedade prevista no artigo 769 da CLT.

Impende destacar que o erro de julgamento não constitui requisito hábil a justificar a oposição de embargos de declaração. Com efeito, apenas se admite eventual alteração do conteúdo decisório para a correção de algum dos vícios apontados na legislação. Nesse sentido, os aclaratórios não servem como meio legítimo a promover a rediscussão de questões já decididas pelo julgador, razão pela qual se mostra inviável o acolhimento da medida processual com efeitos infringentes.

A tal respeito, de se mencionar recente precedente exarado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no Recurso Especial 1.523.256-BA, julgado no dia 19.5.2015, com a seguinte ementa:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. OFENSA CARACTERIZADA.

1. Os embargos de declaração são cabíveis somente quando o provimento jurisdicional padece de omissão, contradição ou obscuridade, nos ditames do art. 535, incisos I e II, do CPC, ou revele patente a ocorrência de erro material.

2. Apenas excepcionalmente admite-se que os embargos de declaração – espécie recursal ordinariamente integrativa - tenha efeitos modificativos, sendo imprescindível, para tanto, a constatação da presença dos referidos vícios, cuja correção importe necessariamente em alteração da conclusão jurisdicional impugnada.

3. A simples mudança de entendimento do tribunal de origem acerca de matéria anteriormente apreciada, ausentes erro material, omissão, contradição

ou obscuridade, não autoriza a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração. Precedentes.

4. Recurso especial provido.”

No mesmo diapasão, inclusive, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), ao dar provimento a embargos de divergência em Recurso Extraordinário (RE 194.662). Na ocasião, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Sepúlveda Pertence (aposentado), para quem os embargos não poderiam ter sido providos para a correção de erro no julgamento.

Logo, como a decisão reafirmou a jurisprudência da Excelsa Corte, os ministros acolheram a proposta formulada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, para fixar a seguinte tese: embargos de declaração não se prestam a corrigir possíveis erros de julgamento.

A propósito, importante registrar o teor da conclusão da decisão, proclamada no dia 14.5.2015 pelo Plenário do E. STF, tendo sido designado como redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio:

*“**Decisão:** O Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Teori Zavascki e Luiz Fux, conheceu e recebeu os embargos de divergência para anular o acórdão proferido nos primeiros embargos de declaração e restabelecer o julgamento proferido no recurso extraordinário, fixando a tese de que os embargos de declaração não se prestam a corrigir possíveis erros de julgamento. Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015.”*

