

DO CONFRONTO DE PRECEDENTES NA EFETIVAÇÃO DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Autoria: Gisela Potério Santos Saldanha

Defesa:

1 Síntese:

A Constituição da República definiu quais deveres o ente público deve cumprir para garantir aos indivíduos direitos fundamentais, dentre eles o direito a segurança pública (artigo 144), o direito à saúde (art. 196), o direito a educação (art. 205 e 208) e o direito ao desporto (art. 217).

A jurisprudência, ao longo de mais de três décadas, alicerçou-se no sentido de, em sendo apurada a ausência ou deficiência grave no cumprimento pelo ente público de obrigações para garantia de direitos fundamentais, ser possível ao Poder Judiciário determinar o cumprimento destas.

O Tema 698-STF não suprimiu a garantia do acesso ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV da CF) e a possibilidade de o Poder Judiciário determinar obrigações de fazer aos entes públicos quando constatada a ausência ou deficiência grave no cumprimento de obrigações do ente público, apenas fixou, no sistema de precedentes vinculantes, a necessidade de estabelecimento de medidas pontuais das obrigações de fazer.

Ocorrendo conflito entre precedentes vinculantes deve-se aplicar a Teoria do Diálogo das Fontes, pela técnica do *overruling*, a fim de revelar, em sistema de ponderação, qual deve ser superado para melhor atender a unicidade do ordenamento jurídico e o interesse dos cidadãos.

2 Fundamentação

O sistema de uniformização de jurisprudência estabelecido pelo art. 926 do Código de Processo Civil, em 2015, se apresenta como meio de garantir maior segurança jurídica, reduzindo a complexidade jurídica e evitando a inviabilidade de forma sistemática do direito¹.

A preservação da igualdade no julgamento é a matriz da vinculação do precedente², que servem de “modelo” e asseguram a previsibilidade.

No ramo coletivo processual, a par de aplicar-se subsidiariamente o Código de Processo Civil por força do disposto no art. 19 da Lei de Ação Civil Pública, há previsão expressa no art. 982, inciso I e § 3ª e art. 985, I e 987, § 2º, todos do CPC, para aplicação extensiva do incidente de resolução de demandas repetitivas.

As teses consolidadas são fundamentadas na razão de decidir, que podem ser superadas ou mesmo revogadas, independentemente da cronologia de sua edição, por atenção ao princípio da vedação ao retrocesso dos direitos sociais.

Há direitos fundamentais de determinabilidade constitucional³, que justifica o enquadramento para obrigar o ente público a implementá-lo.

¹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. O juiz criativo e o precedente vinculante – Realidades Compatíveis, Revista da EMERJ v. 2, n. 1 p. 196 – 208, janeiro/abril 2018. Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v20_n1/revista_v20_n1_196.pdf

² DIDIER JR., Fredie Precedentes, Ed. *Juspodium* – Salvados, 2016, vol. 3. “A diretriz estabelecida com base em determinado caso concreto, tendo sido enfrentadas as questões jurídicas envolvidas, servirá de “modelo” para o julgamento de futuras demandas que passem pelo crivo do Judiciário, garantindo a isonomia, a segurança jurídica, a previsibilidade e a uniformização da jurisprudência”.

³ GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, p. 394/396

Em sendo assim, caso tenha sido determinada questão submetida a incidente de repercussão de demandas repetitivas em um Tribunal Estadual ou do Distrito Federal, no STJ e no STF, em momentos distintos, havendo ou não alteração legislativa, é possível o *overruling* vertical ou até mesmo o horizontal⁴.

Entretanto, há casos que a aplicação da técnica do *overruling* revela a não ocorrência do confronto, como por exemplo, a decisão judicial que garante as crianças em primeira infância o direito a creche (TEMA 548 -STF⁵) da qual não tenha constado a determinação para apresentação de um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado da obrigação de fazer imposta a Administração Pública (TEMA 698 – STF⁶), o que não levará a sua invalidade.

Não se vislumbra a ocorrência de revogação ou superação no confronto destes precedentes vinculantes.

Em casos como este, não se há falar em cassação da decisão que impõe as obrigações de fazer, mas em adequação na fase de cumprimento, para impor ao ente público que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.

3 Conclusão

É certo afirmar que os precedentes vinculantes não se excluem, pelo contrário, se “comunicam” entre si de forma coordenada para melhor atender a unicidade do ordenamento jurídico.

Portanto, o Tema 698 apenas estabelece requisitos que podem ser atendidos na fase executória, mesmo que o comando sentencial não tenha estabelecido medidas pontuais.

Em havendo confronto, devem ser superadas as divergências por aplicação da técnica de *overruling*.

⁴ GOMES CANOTILHO, J.J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª Ed., Almedina, Coimbra, p. 394/396

⁵ TEMA 548 - DEVER ESTATAL DE ASSEGURAR O ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A 5 (CINCO) ANOS DE IDADE. 1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica. (trânsito em julgado publicado no DJE em 17.10.2023).

⁶ TEMA 698 STF - DOS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO PARA DETERMINAR OBRIGAÇÕES DE FAZER AOS ENTES PÚBLICOS 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) (trânsito em julgado publicado no DJE em 17.11.2023).