



O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN EQUAL AND UNIFORM JURISPRUDENCE

José Tesheiner

Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1960). Foi Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Juiz de Alçada e Presidente do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul. É Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Por mais de 30 anos foi professor de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul. É professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, com projetos de pesquisa na área dos processos coletivos.

Resumo

A uniformização da jurisprudência é decorrência lógica do direito fundamental à igualdade perante a lei, mas o tratamento igual sem consideração dos elementos do caso concreto desfigura a atividade jurisdicional. A sociedade moderna exige padronização, mas é necessário deixar espaço para as diferenças.

Palavras-Chave: uniformização da jurisprudência, precedentes vinculantes e persuasivos, certeza jurídica.

Abstract

The standardization of the judicial decisions is a logical consequence of the fundamental right to equality before the Law but equal treatment without consideration of the facts of the case distorts the judicial activity. Modern society requires standardization; however, it is necessary to leave room for the differences.

Keywords: standardization of judicial decisions, binding and persuasive precedents; legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

A uniformidade na aplicação do Direito constitui conseqüência lógica do direito fundamental à igualdade. Contudo, não deve ser buscada a qualquer preço.

2. IGUALDADE

A igualdade constitui um dos princípios estruturantes do regime de direitos fundamentais. Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição solenemente proclamada que “todos são iguais perante a lei”.

A igualdade, aí, refere-se à sua acepção no ponto de partida, isto é, a igualdade formal (Machado & Ferraz, 2013, p. 15).

“A igualdade é, desde logo”, diz J. J. Gomes Canotilho, *igualdade formal*”, princípio de uma grande riqueza de conteúdo, dentre os quais o da igualdade na aplicação do direito” (Canotilho, 2013, p. 426).

Segue-se, como corolário, que, havendo identidade de situações, a Lei deve ser interpretada e aplicada de forma igual, sejam quais sejam os autores ou os réus, devendo o intérprete utilizar-se de mecanismos que de ^ em um sentido, ou uma interpretação?o única e igualitária às normas, sob pena de gerar desigualdades” (Araldi Júnior, 2010).

O direito de igualdade, entendido como igualdade formal (igualdade perante a lei) enquadra-se na categoria dos direitos fundamentais da primeira dimensão, produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista (Sarlet, 2003, p. 51).

Observa Ingo Wolfgang Sarlet que também o direito de igualdade apresenta uma dupla dimensão objetiva e subjetiva. No âmbito da dimensão objetiva, constitui valor (e princípio) estruturante do Estado Constitucional. Na condição de direito subjetivo, opera como fundamento de posições individuais e mesmo coletivas que tem por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos (encargos) em desacordo com as exigências da igualdade, ao passo que na perspectiva positiva ele opera como fundamento de direitos derivados a prestações, isto é, de igual acesso às prestações (bens, serviços, subvenções etc.) disponibilidades pelo Poder Público ou por entidades privadas na medida em que vinculadas ao princípio e direito de igualdade. (Sarlet, 2012, p. 531-2)

A igualdade tem um significado jurídico-institucional, pois formalmente as leis são as mesmas para todos.

Não se trata do direito à *igualdade* sócio-econômica, havendo mesmo certa colisão entre os dois conceitos de igualdade, o que assume às vezes aspectos dramáticos, como quando a lei, igual para todos, assegura ao locador o despejo por falta de pagamento e o juiz defronta-se com um locatário pobre e doente que, despejado, não terá “um lugar onde cair morto”. Aplicar a lei, igual para todos, ou fazer caridade com bolsa alheia?

Como observa Clodoaldo Meneguello Cardoso, “o pensamento liberal estava especificamente referindo-se ao acesso à jurisdição comum. Trata-se, pois, de um ideal jurídico e não social, como entende o pensamento socialista” (Cardoso, 2009).

Indiscutível, pois, o vínculo existente entre o ideal da uniformização da jurisprudência com o já distante liberalismo burguês do século XVIII.

“O princípio da igualdade constitui, a um só tempo, limitação primária ao legislador e regra de interpretação para o juiz, que deverá sempre dar à lei o entendimento que não crie, implícita ou explicitamente, distinções de qualquer

natureza” (Sabbag, 1996, p. 89)

3. UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

Parece que a uniformização de jurisprudência em âmbito nacional não pode ser obtida senão autoritariamente e pela força das decisões dos tribunais superiores, o que suscita a pergunta: a busca dos objetivos fundamentais da República do Brasil, expressos no artigo 3º da Constituição, é tarefa cometida apenas aos tribunais superiores ou também a cada juiz?

Uma outra pergunta: há lugar para julgamento por equidade em nosso sistema jurídico? Aparentemente não, pois o Código de Processo Civil dispõe, mas restritamente para os casos de jurisdição voluntária, que o juiz não é obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna (art. 1.109).

Na lição de Aristóteles, a equidade corrige a lei, quando esta é deficiente em razão de sua generalidade; é uma régua, sim, mas flexível, como a de chumbo, usada pelos construtores de Lesbos, para adaptar-se à forma da pedra.

Opõem-se, aí, as idéias de legalidade e de justiça. A decisão legal aplica a norma geral e abstrata ao caso concreto; a decisão justa e equitativa é laboriosamente construída caso a caso.

A idéia de lei como norma geral exige a abstração de elementos e circunstâncias de fato para a construção da hipótese de incidência. Mas o fato concreto contém elementos e circunstâncias não pensados ou desprezados pelo legislador, mas que, por justiça ou equidade, podem exigir decisão diferente da estabelecida na norma.

Essa tensão entre as exigências de uma norma geral, igual para todos e a necessidade de se introduzir uma exceção, talvez única, para uma situação particular, é ineliminável. Ainda que proferida contra o Direito, a coisa julgada “tem força de lei” (CPC, art. 468), porque não é possível a construção de um sistema só de normas gerais e iguais para todos. O instituto da coisa julgada, estabelecendo uma *lei* com eficácia apenas para as partes às quais é dada constitui o mais completo reconhecimento dessa impossibilidade.

A sociedade moderna exige padronização, da qual decorrem evidentes benefícios, tendo-se teclados de diferentes fabricantes, com letras em igual disposição espacial; lâmpadas que acendem em qualquer lugar do País, peças de automóveis produzidas em grande escala e não para um veículo único, etc. Ocorre o mesmo fenômeno no campo do Direito. A própria idéia de lei, como norma geral e abstrata, decorre dessa necessidade e a exigência de uniformização aumenta na medida em que se acentua o fenômeno da globalização, com crescente intercâmbio de bens, de pessoas e de informações.

O problema consiste em localizar o ponto em que a igualdade deve abrir espaço para as diferenças e é por isso que os precedentes *persuasivos* devem ser preferidos aos vinculantes, sobretudo quando estes são reforçados pelo instituto da reclamação, da qual decorre a imposição da regra geral por quem desconhece, não quer e não pode conhecer a situação concreta. O precedente vinculativo implica subordinação do juiz aos tribunais superiores; o precedente persuasivo convive com a idéia de que todo juiz

é juiz, e não mero instrumento de uma vontade superior.

Por mais sábios que sejam os juízos dos tribunais superiores, sua sabedoria jamais será superior à da multidão dos juízes, enquanto independentes, não sendo difícil aplicar ao campo da jurisdição as conclusões de James Surowiecki (2004)

No Direito, o “erro” de hoje pode ser lei amanhã, motivo por que é preciso admitir a divergência, e não tratá-la como um pecado mortal. Por isso, melhor seria que se reformassem as sentenças, mesmo as contrarias a súmulas, pelas vias ordinárias, e não por reclamação, a pôr em confronto direto um humilde juiz que busca a justiça com a soberba das mais altas autoridades do Judiciário.

É preciso reconhecer, porém, que a técnica dos precedentes vinculantes ajustasse à moderna tendência de se “robotizar” a prestação jurisdicional, com a informática a tornar possível o velho sonho dos ditadores de todas as épocas, de construir uma sociedade à sua imagem e semelhança, um só corpo de que pretendem ser a cabeça.

4. PRECEDENTES VINCULANTES

Luiz Guilherme Marinoni deduz a necessidade dos precedentes vinculantes da própria existência, na lei, de cláusulas gerais.

Diz:

A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. De fato, quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão; essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem que contar com estabilidade.

(...)

Ora, se o juiz se vale da cláusula geral para chegar na regra adequada à regulação do caso concreto, a cláusula geral é norma legislativa incompleta e a decisão é a verdadeira norma jurídica do caso concreto. Dessa forma, como é intuitivo, afigura-se previsível a possibilidade de os juízes criarem diversas normas jurídicas para a regulação de casos substancialmente idênticos. Acontece que, como é óbvio, a função das cláusulas gerais não é a de permitir uma inflação de normas jurídicas para um mesmo caso, mas o estabelecimento de normas jurídicas de caráter geral.

(...)

A concepção de Judiciário apagado pelo Legislativo e a idéia de juiz mero executor da lei obviamente estão distantes. Isso não significa, no entanto, que a admissão da insuficiência da lei e a atribuição de poder ao juiz para ditar a norma capaz de regular o caso concreto tenham gerado um sistema em que o magistrado é livre para criar o direito. A ampliação da latitude do poder judicial com base nas cláusulas gerais não apenas exige um sistema de precedentes, como ainda reclama um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais. (Marinoni, 2011)

Não parece, porém, que a necessidade de precedentes vinculantes decorra logicamente da existência de cláusulas gerais. Parece, pelo contrário, que as cláusulas gerais existem exatamente pela impossibilidade de se enquadrar em regras precisas situações de fato variáveis e cambiantes. Obviamente, não são editadas para atribuir poderes arbitrários ao juiz, mas para que ele possa aplicar a lei com justiça, levando em consideração a situação, talvez única, com que se depara. Essencialmente, encontra-se, aí, a idéia aristotélica de equidade.

Em última análise, a ideia do Autor é a de substituir, ainda que paulatinamente, as cláusulas gerais por regras precisas editadas pelos tribunais superiores, uma saudade da subsunção.

É certo que desigualdade pode decorrer também da interpretação de conceitos legais imprecisos. Observa Leonardo Martins que, como não temos, no Brasil, os precedentes vinculantes, nunca podendo as decisões criar regras gerais, a única hipótese de violação do direito à igualdade, além do erro de aplicação em última instância, é o da interpretação de conceitos legais imprecisos que aumentam a discricionariedade judicial, possibilitando uma violação perpetrada originalmente pelo exercício da atividade jurisdicional. (Martins, 2013, p. 223)

O que se observa, porém, é o crescente emprego, pela legislação, de conceitos legais imprecisos, exatamente em razão de sua flexibilidade, a permitir sua adequação a situações mutáveis no tempo e no espaço. Claro, não se quer com isso justificar tratamento desigual intencional e arbitrário.

Luiz Guilherme Marinoni também aponta, como fundamento dos precedentes vinculantes, a segurança jurídica e seu corolário, a previsibilidade das decisões judiciais. Diz:

... quando há uma crise de colaboração na realização do direito material e os textos normativos encontram diversas interpretações no Judiciário, o que obviamente importa são as decisões judiciais, momento em que a dimensão normativa dos textos encontra expressão, e não o texto normativo abstratamente considerado. Ora, se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato. (...)

... se o conhecimento das regras legais pode não ser pressuposto para a previsibilidade, o mesmo não se pode dizer em relação à univocidade de interpretação das normas. Exatamente porque as normas podem ser diferentemente analisadas, a interpretação, ao tender a um único significado, aproxima-se do ideal de previsibilidade. Isso não quer dizer que a eliminação da dúvida interpretativa é factível, mas sim que se pode e deve minimizar, na medida do possível, as divergências interpretativas acerca das normas, colaborando-se, assim, para a proteção da previsibilidade, indispensável ao encontro da segurança jurídica. (Marinoni, 2011)

Parece não haver dúvida de que o dever de obediência às decisões dos tribunais superiores aumenta o grau de previsibilidade das decisões judiciais, mas há um preço a pagar, que reside exatamente nesse dever de obediência, o que implica um Judiciário constituído, não por juízes independentes, mas por juízes subordinados. Será preciso corrigir a ideia de que tanto é juiz o de uma pequena comarca do interior quanto um Ministro do Supremo Tribunal Federal, ainda que com competências distintas. Será

preciso pensar num Judiciário, não de iguais, mas de alguns nobres e de muitos plebeus.

5. CONCLUSÃO

A quem interessa a uniformização da jurisprudência? O exemplo geralmente apontado é o do cidadão que se escandaliza, porque lhe foi negado o direito reconhecido a outrem, em identidade de situações. É preciso reconhecer, porém, que esse mesmo cidadão não se lamentará, se a ele for *reconhecido* o direito negado a outrem. Filosoficamente observará que isso ocorre também no mundo da natureza e que, em muitos acidentes, uns morrem, outros saem ilesos, embora estando todos no mesmo barco ou no mesmo avião. O litigante não quer tratamento uniforme; o que o litigante quer é vencer.

O tema precisa ser abordado no plano mais amplo, sobretudo o das relações entre os consumidores e as empresas de âmbito nacional ou internacional e entre os contribuintes e o Estado.

Nos casos em que imperiosa decisão uniforme, parece-nos que a solução se encontra nas ações coletivas: em vez de se exigir que múltiplos juízes se pronunciem de igual forma sobre, por exemplo, o percentual do reajuste das pensões, uma única decisão, determinando que o INSS efetue o reajuste devido nos pagamentos aos pensionistas (e não apenas aos autores de ação individual).

De um modo geral, as empresas e o Estado convivem bem com decisões divergentes. Não raro disso tiram proveito, praticando atos cuja ilegalidade não é uniformemente reconhecida, o que lhes permite continuar praticando atos anti-sociais, ao que se atende com a solução supra.

No mais, temos de optar entre um Judiciário mais democrático ou menos democrático. Será sem dúvida menos democrático, na medida em que centralizada a jurisdição em Brasília e na medida do aumento da sujeição dos juízes às autoridades superiores. Será também um Judiciário intelectualmente mais pobre, porque proibido pensar o Direito.

6. BIBLIOGRAFIA

ARALDI JUNIOR, Joab Irineu. O princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em : http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8414 < >. Acesso em dez 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes et alii. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 223.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Clodoaldo Menegello. *Liberdade e igualdade nos direitos humanos: fundamentos filosóficos e ideológicos*. Texto publicado em dezembro de 2009 na coletânea *Direitos humanos na formação universitária: textos para seminários*, pela Cultura Acadêmica Editora (Unesp). <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CD0QFjAA&>

url=http%3A%2F%2Funesp.br%2Fobservatorio_ses%2Fmostra_arq_multi.php%3Farquivo%3D6481&ei=oMy6UpHfK8y0kQeBsYHgDQ&usg=AFQjCNEvIvd-PCkeJYZrPka6PzhFa41zMQ&sig2=6Wte-JilYiddjPNsgfdkjQ&bvm=bv.58187178,d.eW0. Acesso em 25/12/2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa & FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Constituição Federal Interpretada. 4. Ed. Barueri: Manole, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *Processos Coletivos*, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/120-o-precedente-na-dimensao-da-igualdade> - Acesso em: 27-Dec-2013

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et alii. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 222-9.

SABBAG, César de. O direito de igualdade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 15 | p. 89 | Abr / 1996. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 2, p. 427. Ago / 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003. p. 51).

Surowiecki, James (2004). *The Wisdom of Crowds: Why the Many Are Smarter Than the Few and How Collective Wisdom Shapes Business, Economies, Societies and Nations* Little, Brown ISBN 0-316-86173-1

Recebido em 06.06.2014

Aprovado em 20.06.2014