I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

JONATHAN BARROS VITA

GINA VIDAL MARCILIO POMPEU

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton das Neves Gonçalves ; Jonathan Barros Vita; Gina Vidal Marcilio Pompeu – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-037-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

O I Encontro Virtual do CONPEDI, que seria considerado o XXIX Encontro dando sequência ao XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito ocorreu mediante o uso de meios virtuais em vista da necessidade humanitária de conter o avanço do vírus causador da COVID-19. De fato, desde dezembro de 2019, o mundo sofre as agruras de uma pandemia que ceifa tantas vidas. Na data de 02/07 /2020, já se contavam as seguintes estatísticas oficiais no Brasil: número de óbitos, 61.884 e número de casos diagnosticados com COVID-19, 1.496.858; e, mundialmente, número de óbitos, 521.355 e número de casos, 10.874.146.

A partir da triste realidade, o mundo deparou-se com um "novo normal" em que as pessoas passaram a adotar práticas de convívio social restritivas, uso de máscaras faciais, restrições ao ir e vir nas cidades, etc. Se, por um lado, a terrível ameaça espalhou insegurança e medo, por outro, restou evidente a necessidade do "reinventar-se".

Em poucos meses, as relações sociais sofreram mudanças; principalmente, embasadas nas chamadas "novas tecnologias". Disseminaram-se, no meio acadêmico, as lives, os sistemas de aula on line e tantos outros recursos informáticos. Nessa esteira, o CONPEDI também inovou adotando o sistema de encontro virtual dos Grupos de Trabalho. A regra de etiqueta mudou: estão me escutando? Estão me vendo? Boa tarde?

Destarte, ao que parece, as promessas de um futuro distante aproximam-se da realidade com rapidez inesperada e a expertise dos jovens de graduação passou a desafiar os mestres, mormente, os mais antigos que ainda tiveram que enfrentar, nos anos noventa, a "internet discada". Indiscutível o avanço das tecnologias dos anos noventa para cá e, incrivelmente, CD´s, DVD´s, disquetes, hard disks e pen drives alternaram-se em evolução rápida e irreversível.

Desse modo, o GT de Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável desenvolveu-se em dois momentos, nos dias 27 e 29 de junho de 2020 e as participações dos autores para as apresentações de 32 trabalhos ocorreu de forma estupenda e inovadora; ainda, na perspectiva do CONPEDI para este encontro virtual: Constituição, Cidade e crise.

Os GT´s Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável I e II foram coordenados pelos Professores Doutores e Doutora, Everton das Neves Gonçalves da Universidade Federal de Santa Catarina; Gina Vidal Marcílio Pompeu da Universidade de Fortaleza e Jonathan Barros Vita da Universidade de Marília. Nos referidos GT´s ocorreram, pois, profícuas discussões decorrentes dos trabalhos apresentados, os quais são publicados na presente obra.

O desenvolvimento econômico sustentável estudado no plano do Direito e da Economia; seja no ângulo do Direito Econômico, seja na perspectiva da Análise Econômica do Direito, vem ganhando espaço importante nas discussões acadêmicas, refletindo inarredável necessidade de que os pesquisadores apresentem novas soluções para desafiantes problemas jurídico-econômicos. O volume e qualidade dos trabalhos apresentados demonstram tal importância dos estudos e gravidade do momento.

A partir, pois, da arregimentação dos instrumentais das duas Ciências a saber; Direito e Economia, possibilitou-se; então, a apresentação de 16 trabalhos no GT I e 16 trabalhos no GT II conforme se passa a, brevemente, enumerar em seus respectivos Blocos de apresentação e segundo a perspectiva dos apresentadores que encabeçaram a discussão nas tardes de 27 e 29/06/2020. Apresentam-se os artigos, conforme segue:

Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável I:

Bloco I, dia 27/06/2020; com a temática Análise Econômica do Direito e Direitos Humanos: (artigos 1-5);

(Re)Pensando a atividade notarial e registral, à luz da análise econômica do direito e do Recurso Extraordinário 842.846/SC. Osvaldo José Gonçalves de Mesquita Filho analisando sob o enfoque da Análise Econômica do Direito (AEDI) caso prático julgado no Supremo Tribunal Federal verificou o entendimento quanto à prestação do serviço notarial.

Caminhos para o Brasil: entre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos. Claudiery Bwana Dutra Correia, dentre outros aspectos, destacou a função social da empresa e a questão do capitalismo humanista.

Direito ao desenvolvimento integral da pessoa humana e dos povos: perspectivas para um projeto nacional de desenvolvimento e a “realidade constitucional”. Thais Freitas de Oliveira, a partir de visão ampla da Declaração de Direitos Humanos, buscou analisar a possibilidade da proteção dos direitos humanos no Constitucionalismo Brasileiro.

Direito ao esquecimento da pessoa jurídica no âmbito dos crimes contra a ordem tributária. Izabella Flávia Sousa Antunes Viana de Medeiros destacou a necessidade do direito ao esquecimento para que se dê reais condições de continuidade para a pessoa jurídica no mundo dos negócios.

Por uma análise econômica do direito ao esquecimento: a fórmula do direito ao esquecimento. Paulo Fernando de Mello Franco, dando continuidade à defesa do direito ao esquecimento sob perspectiva da AEDI.

Bloco II, dia 27/06/2020; com a temática Direito ao Desenvolvimento Sustentável: (artigos 6-11);

A delimitação de rural e urbano no contexto do desenvolvimento rural sustentável. Fabiane Grando, por sua vez, destacou que a forma de delimitar, administrativamente, área rural e área urbana pode ser questionada e que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), pela forma administrativa adotada para distribuição territorial, 84,35% da população brasileira é urbana, havendo uma real negação das áreas rurais.

A pandemia de covid-19: reflexões à luz do direito ao desenvolvimento, direito à saúde e direito do consumidor. Ana Elizabeth Neirão Reymão e Marcos Venâncio Silva Assunção questionaram que, em realidade, existe muita dificuldade para o consumidor ter acesso ao serviço privado de saúde em meio à Pandemia de COVID-19, mormente quando acionando seus Plano de Saúde Privado.

O desenvolvimento nacional e a interferência dos fatores estruturais das regiões centrais e periféricas. Gabriela Eulalio de Lima apontou para as dificuldades estruturais para escoamento de safras nas diferentes regiões do Brasil.

Crise da democracia contemporânea, pobreza e desigualdade: rumo ao desenvolvimento (in) sustentável? Giovanni Olsson destacou a necessidade de superação da pobreza e do déficit democrático, ainda apontando para a necessidade de observação da Agenda 2030.

Em época de pandemia, a necessidade de inovação para superação de crise econômica para se alcançar o desenvolvimento nacional. Fabio Fernandes Neves Benfatti, Frederico Thales de Araújo Martos e Cildo Giolo Junior lembram com propriedade as Teorias da destruição criativa de Schumpeter e da Tríplice Hélice.

Servidão ambiental: um instrumento de desenvolvimento sustentável. Fabiane Grando defende a sustentabilidade através da adequada aplicação da Legislação Florestal Nacional.

Bloco III, dia 27/06/2020; com a temática Direito Constitucional Econômico e Políticas Públicas: (artigos 12-16);

A atividade financeira do estado como meio de execução das políticas públicas no estado democrático de direito brasileiro. Luciana Machado Teixeira Fabel e Rodrigo Araújo Ribeiro enfatizaram a desvinculação da criação e arrecadação de terminados tributos com relação a seu efetivo emprego no que tange à Administração Financeira do Estado Brasileiro.

Ativismo judicial na educação infantil. Leonardo Pereira Martins trouxe análise sobre a problemática e as dificuldades advindas do ativismo judicial na área da educação infantil.

Direito econômico constitucional: análise comparada das ordens econômicas estatais brasileira e espanhola. Francieli Puntel Raminelli fez estudo comparado entre as disposições das citadas Ordens Constitucionais evidenciando aproximações e distanciamentos constitucionais.

Empresas transnacionais como protagonistas internacionais: um exame à luz da globalização e da governança global. Claudia Margarida Ribas Marinho e Welton Rübenich detectaram a possibilidade de defesa de governança global para lidar com a questão da transnacionalidade.

Petróleo brasileiro: meu pré sal inzioneiro. Lucas Augusto Tomé Kannoa Vieira apontou para a aspectos histórico-jurídicos para a consecução da indústria da produção de petróleo no Brasil.

Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável II:

Bloco I, dia 29/06/2020; com a temática Economia Solidária e Pandemia da COVID-19: (artigos 1-5);

Sistemas econômico e jurídico: (des) vantagens de um regime jurídico da economia solidária para o brasil. Vitor Gabriel Garnica e Marlene Kempfer defendem a Economia Solidária como forma de resiliência para o enfrentamento das agruras do Sistema Capitalista de mercado.

Apontamentos da análise econômica do direito para as políticas públicas brasileiras de desenvolvimento cultural no quinquênio 2012-2016: a emergência da economia criativa. Albano Francisco Schmidt referiu à importância de políticas públicas de incremento das novas tecnologias e da economia criativa; ainda, destacando que o setor de jogos informatizados no Brasil e no mundo têm despontado e fazendo urgir a criação de programas e políticas adequadas. Segundo apresentou, o Brasil, para a Unesco, tem mais de 24 programas para o setor.

O efeito paliativo do auxílio emergencial pandêmico e o princípio da dignidade humana. Stephanie Linhares Sales de Carvalho questionou a efetividade do auxilio emergencial, no Brasil, em época de COVID-19.

O fortalecimento do mercosul em face da pandemia do coronavirus: a importância do Parlasul. Edson Ricardo Saleme, Renata Soares Bonavides e Silvia Elena Barreto Saborita defenderam que, em tempos de Pandemia da COVID-19, mais do que nunca, a efetividade da união dos Países do Mercosul em torno do Parlasul se faz gritante e necessária.

A necessária transição planetária: (in) convenientes do COVID-19 para viabilizar a benfazeja colheita futura no Brasil e na comunidade internacional de países. Everton das Neves Gonçalves, em visão metodológica interdisciplinar espiritualista e própria da AEDI, defende a busca da felicidade e a superação das dores e misérias existenciais, inclusive advindas da Pandemia da COVID-19 segundo observação do Mínimo Ético Legal, do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) e do que chama por Autodestruição Renovadora Econômico-Social (ADRECOS).

Bloco II, dia 29/06/2020; com a temática Direito Econômico Aplicado e Políticas Públicas: (artigos 6-10);

O princípio da economicidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319-4/DF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES. Bernardo Augusto da Costa Pereira apresentou estudo sobre a questão da cobrança de mensalidades escolares em tempos de Pandemia da COVID-19.

O princípio do desenvolvimento sustentável: âmbito internacional e interno e sua compatibilização com a proteção ambiental. Marcia Andrea Bühring pugnou pela necessidade de se obter a compatibilização entre o desenvolvimento econômico-social e a defesa ambiental no Planeta Terra.

Contribuições da análise econômica do direito para a solução da tragédia do acesso inautentico à justiça brasileira. Everton das Neves Gonçalves, Joana Stelzer e Rafael Niebuhr Maia de Oliveira defenderam, a sua vez, que o irrestrito acesso ao Poder Judiciário pode, não necessariamente, garantir efetivo acesso à justiça em função da tragédia dos comuns.

Desintegração econômica na indústria petrolífera do Brasil: consequência do golpe de estado de 2016. Carlos Augusto de Oliveira Diniz, em viés político-social, apontou, em seu estudo, para a desindustrialização da exploração petrolífera no Brasil.

Concretização dos direitos fundamentais por meio da atividade empresarial. Alexandre Augusto Rocha Soares defendeu a necessidade de que outros atores atuem para a consecução dos direitos fundamentais, inclusive defendendo a cidadania corporativa.

Bloco III, dia 29/06/2020; com a temática Direito Econômico do Consumidor e Garantias Fundamentais: (artigos 11-16);

Negativa de exame para detecção de contágio por coronavírus e o abuso da hipervulnerabilidade do consumidor em tempo de pandemia. Marcos Venancio Silva Assuncao, Alsidéa Lice de Carvalho e Jennings Pereira apontaram para as dificuldades dos consumidores brasileiros em terem acesso ao básico exame/teste para detecção do vírus causador da Pandemia COVID-19 no Brasil. A diminuta realização de testagem não permite a adequada tomada de decisão para a consecução de políticas públicas.

O fornecimento de energia elétrica em Manaus: irregularidades e seus impactos na sociedade. Carla Cristina Alves Torquarto e Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho trataram dos problemas inerentes às grandes dificuldades causadas pela deficiência no fornecimento de energia elétrica na cidade de Manaus, Amazônia ocasionando prejuízos materiais e de vidas naquela cidade.

O desequilíbrio das garantias fundamentais causado pela mercantilização do direito. Anne Harlle Lima da Silva Moraes, Bruno Carvalho Marques dos Santos e Carlos Eduardo Ferreira Costa discutiram a possibilidade de diminuição das garantias fundamentais em virtude da economicidade no Direito.

Liberalismo vs. socialismo, uma disputa por corações e mentes. Bruno Sampaio da Costa provocou a assistência com tema que previamente já anunciou como sendo um caminho a ser diuturnamente trilhado e não como um destino inexorável na medida em que, a discussão apresenta prós e contras para ambos posicionamentos.

A subutilização da CFEM na Amazônia: o caso de Oriximiná (PA). Ana Elizabeth Neirão Reymão e Helder Fadul Bitar apresentaram o caso específico destacando que as dores pelas perdas em função da Pandemia da COVID-19 são eminentes e evidentes e podem ocorrer muito mais próximas do que se pensa.

A educação financeira e sua influência nos direitos e no desenvolvimento integral da personalidade do indivíduo. Daniela Menengoti Ribeiro e Joao Ricardo Amadeu destacaram a tão necessária implementação de Disciplinas curriculares para a educação financeira em Cursos de graduação e de pós-graduação.

As apresentações e discussões nos dois dias de trabalho transcorreram satisfatoriamente engrandecendo a perspectiva de análise jurídico-econômica dos participantes de forma a firmar-se, mais uma vez, no CONPEDI, a Escola de Direito e Economia que se defende no ensino do Direito. A partir do roteiro estruturado, trabalhou-se a teoria e a prática do Direito para a sustentabilidade, ainda, objetivando-se a promoção e o incentivo da pesquisa jurídico-econômica no Brasil, consolidando-se, o CONPEDI, como importante espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos da graduação e da pós-graduação em Direito.

Espera-se, pelo trabalho realizado, intentar-se cumprir com os ditames sociais de ensino-aprendizagem e de pesquisa desejando-se, aos caros leitores, boa leitura, a partir de visão inovadora e destacada oriunda de Grupo de trabalho que reuniu autores de todo o nosso Brasil, neste momento, tão assolado pela Pandemia de COVID-19.

Ainda, por fim, uma palavra de conforto para aqueles que remanescem em sua dor individual e, mesmo, coletiva; ... tudo passará. Assim, a Fênix renascerá, sempre.

Prof. Dr. Everton Das Neves Gonçalves – Universidade Federal de Santa Catarina

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - Universidade de Fortaleza

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita – Unimar

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals

(https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 319-4/DF: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DOS PRECEDENTES

THE PRINCIPLE OF ECONOMICITY IN THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY N. 319-4/DF: AN ANALYSIS FROM THE THEORY OF PRECEDENTS

Bernardo Augusto da Costa Pereira [1]

Resumo

O artigo realiza uma análise conjunta entre o princípio da economicidade e a teoria dos precedentes judiciais, no intuito de verificar como se daria a correta construção do precedente judicial vinculante, a partir da análise da ADI n. 319-4/DF. Estudou-se a aproximação entre as famílias do common law e civil law, elementos da teoria dos precedentes, a importância do Direito Econômico, o princípio da economicidade, e, por fim, a decisão judicial supracitada. Conclui-se que é real a importância do economicidade para determinar a vinculação de casos futuros, mas que ainda mais vital é reconhecer o âmbito de aplicação do precedente.

Palavras-chave: Direito econômico, Intervenção do estado na economia, Princípio da economicidade, Precedentes judiciais, Decisão judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This article provides an analysis between the principle of economicity and the theory of judicial precedents, in order to see how would be the correct construction of the binding judicial precedent, from the analysis of the ADI n. 319-4/DF. We studied the approximation between the families of common law and civil law. elements of theory of precedent, importance of Economic Law, principle of economicity, and finally the decision mentioned before. It is concluded that is real the importance of the economicity to determine the binding of future cases, but even more vital is recognize the scope of the precedent's application.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic law, State intervention in the economy, Principle of economicity, Judicial precedents, Judicial decision

[1] Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Pará-UFPA. Professor dos cursos de direito do CESUPA e FACI-WYDEN.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu em virtude da importância de analisar o princípio da economicidade, dado o atual estágio de desenvolvimento constitucional do Brasil, além da importância cada vez maior da esfera jurídica econômica. Outro tema de relevância é a ampliação das técnicas de vinculação das decisões judiciais, elemento que denota a aproximação entre as famílias jurídicas do *common law* e do *civil law*.

Desta forma, buscou-se estudar de que forma foi aplicada a economicidade em um precedente do STF, qual seja, a ADI n. 319-4/DF, julgada em 1993, pouco depois do advento da Constituição da República de 1988. Neste caso discutiu-se a possibilidade do Estado intervir no domínio econômico, ao tratar da constitucionalidade da Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares.

O objetivo geral deste artigo é analisar não apenas os institutos típicos do *common law*, quais sejam a *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, e aqueles aptos a revogar precedentes, mas também o princípio da economicidade, desenvolvido por Washington Peluso Albino de Souza. Já o objetivo específico é verificar como se daria a correta construção do precedente judicial à luz dos institutos típicos do Common Law, no tocante ao reconhecimento e modificação dos precedentes judiciais.

Para fundamentar este estudo utilizou-se moderna doutrina, tanto acerca da teoria dos precedentes judiciais, como do Direito Econômico. Espera-se, assim, que o presente artigo venha a auxiliar a comunidade jurídica ao tratar de temas de tão grande relevância ao relacionar o direito econômico e a teoria dos precedentes judiciais.

2. A IMPORTÂNCIA DO PRECEDENTE JUDICIAL: A APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS JURÍDICOS DO *COMMON LAW* E DO *CIVIL LAW*:

Atualmente o Poder Judiciário enfrente uma crise institucional, dada a impossibilidade de decidir todas as demandas propostas em tempo hábil. Tal dificuldade tem sido denominada de *Crise do Judiciário,* e diversos são os fatores que a ocasiona. O grande número de demandas, o baixo número de juízes e servidores públicos, além de atitudes protelatórias realizadas pelas partes acabam por agravar as dificuldades já experimentadas.

No intuito de superar esta crise, diversos mecanismos de vinculação das decisões judiciais foram concebidos e adotados pelos Poderes Públicos, antes mesmo do código de processo civil de 2015, tais como a súmula vinculante e a repercussão geral do recurso

extraordinário. Estas técnicas foram concebidas a partir de precedentes judiciais, uma vez que a aplicação de uma decisão já tomada, e a concessão de efeito vinculante para ela, permite uma maior celeridade no julgamento das causas, especialmente as repetitivas, como as consumeristas e previdenciárias. José Henrique Mouta Araújo (2013, p.164) aponta que:

> A preocupação quanto ao *tempo do processo* aponta, ademais, para a ampliação da *verticalização e horizontalização das decisões dos Tribunais Superiores em causas repetitivas*. Os Tribunais Superiores, neste sentido, não devem ser tratados como mais uma instância de julgamento, mas, sim, como órgãos de uniformização interpretativa federal e constitucional (grifos do autor).

O atual diploma processual civil concede ainda mais importância para os precedentes judiciais, seja criando novos mecanismos, como o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas, seja ampliando o caráter vinculante dos já existentes. O objetivo não é apenas acelerar o julgamento das demandas existentes, mas também evitar a propositura de novas. Jean Carlos Dias (2009, p. 100) ensina que:

> Quando, em um sistema jurídico, são permitidos, de forma ampla e irrestrita, julgamentos divergentes a respeito do mesmo tema, o efeito do ponto de vista do cálculo das expectativas é que nenhuma das partes terá condições reais de prever o desfecho de sua demanda.

Percebe-se, portanto, que os precedentes judiciais, típicos da família jurídica do *common law*, estão sendo cada vez mais utilizados e valorizados no ordenamento brasileiro, país que é tradicionalmente considerado integrante da família do *civil law*.

Na verdade, esta ampliação do uso de precedentes judiciais, se relaciona com o momento constitucionalista vivido no Brasil. Tal momento vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e se caracteriza por uma nova visão de Constituição, que passa a ser considerada norma jurídica de aplicação imediata, e que rege a congruência das normas infraconstitucionais, visando, também, a garantia dos direitos fundamentais. Da mesma forma, o reconhecimento e a aplicação de princípios jurídicos vem ganhando força no cenário acadêmico e forense. Segundo Dalmo de Abreu Dallari (2010, p.315):

> Aí esta o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neoconstitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa humana, concebida individualmente ou na sua vida associativa. Naquilo que lhe diz respeito direta ou indiretamente, pela simples circunstancia de ser uma pessoa humana (...)

Esta postura também reflete a descrença, por parte da população, nos atores políticos que compõem os Poderes Legislativo e Executivo. Com esta falta de confiança o Poder Judiciário passou a ter um papel mais ativo na organização dos poderes institucionais, e a necessidade de cumprir de forma ainda mais efetiva seu papel se acentuou. Luís Roberto Barroso (2013, p.227-228) aponta o papel de destaque do Judiciário, ao ensinar que:

> (...) No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Neste cenário se torna de uma importância ainda maior a aplicação realizada dos precedentes judicias com força vinculante, o que denota uma clara aproximação entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*. Apesar de bastante complexos os elementos distintivos de ambas as tradições jurídicas, pode-se afirmar que, tradicionalmente, a família romano-germânica se pauta nas leis e codificação, enquanto que a anglo-saxônica, retira suas bases jurídicas dos precedentes judiciais, que com a evolução histórica passaram a ter força vinculante - a doutrina do *stare decisis*.

A doutrina do *stare decisis et non quieta movere* prega o respeito aos precedentes, tanto no âmbito vertical como horizontal. Ou seja, os precedentes de determinada corte vincularão as cortes inferiores, sem que a recíproca seja verdadeira, e os precedentes da própria corte a vinculará, segundo a lógica de que o órgão judicial emanará decisões consistentes.

O uso de precedentes judiciais no Brasil demonstra a aproximação entre estas duas tradições jurídicas, o que de forma mais ampla, denota uma modificação na postura constitucional do país (PEREIRA, 2017, p. 118).

Tal postura não afeta apenas o âmbito do direito civil, ou penal, mas sim, vez que possui efeito irradiador para o sistema, todos os âmbitos jurídicos, inclusive o econômico, que vem ganhando importância cada vez maior, dada a globalização, o aumento do comércio internacional e a necessidade de proteção dos mercados nacionais, através da regulação econômica. Acerca desta, Richard Posner (2004, p.50) pontua que:

> Um desafio central para a teoria social é explicar o padrão da intervenção estatal no mercado - que podemos chamar de "regulação econômica". Quando definida de forma apropriada, a expressão se refere a todos os tipos de impostos e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica (...)

3. ANALISANDO CORRETAMENTE OS PRECEDENTES JUDICIAIS: CONCEITOS E TÉCNICAS DE UTILIZAÇÃO

Uma vez que a teoria dos precedentes judicias se originou em países do *common law*, é importante apresentar os conceitos básicos dos elementos principais na definição e aplicação da teoria dos precedentes, inclusive na delimitação dos trechos que possuem característica vinculante. Desta maneira, a seguir, serão, sucintamente, estudados os conceitos de *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing* e de diversas técnicas de revogação.

3.1. *RATIO DECIDENDI* (OU *HOLDING*) E *OBITER DICTA*

A decisão judicial, em regra, é composta por dois elementos primordiais, quais sejam os fundamentos de fato e os fundamentos de direito. Entre estes elementos existem aqueles que são essenciais para a decisão, e aqueles que não são primordiais, possuindo a função de exemplificar algo ou tratar de aspectos secundários, os quais não constituem justificativa central para a decisão judicial.

No *common law*, busca-se descobrir quais trechos do julgado terão força vinculante e se constituirão em precedentes para a futura aplicação. Estes elementos, principais, constituem a razão de decidir. Enquanto no direito americano a expressão é denominada *holding*, no direito inglês se utiliza o termo *ratio decidendi*. Os elementos secundários, que não possuem força vinculante são denominados, por sua vez, *obiter dicta* (no singular, *obiter dictum*). Note-se que são conceitos bastante próximos, vez que em uma decisão os elementos ou serão *ratio decidendi* ou *obiter dicta*. A importância da determinação destes trechos no julgado existe para se definir quais elementos deverão ser seguidos em futuras decisões judiciais.

De fato, para aqueles que estão habituados com a tradição jurídica do *civil law*, tais conceitos são incomuns. Isto é natural, vez que não há correspondência destes elementos no direito brasileiro: nem o relatório, nem o dispositivo e nem a fundamentação, elementos

constitutivos da sentença judicial, equivalem à *ratio decidendi* ou *obiter dicta*. Marinoni (2011, p. 222) pontua que:

> É preciso saber sublinhar que a *ratio decidendi* não tem correspondência no processo civil adotado no Brasil, pois não se confunde com a fundamentação e com o dispositivo. A *ratio decidendi*, no common law, é extraída ou elaborada a partir dos elementos da decisão, isto é, da fundamentação, do dispositivo e do relatório. Assim, quando relacionada aos chamados requisitos imprescindíveis da sentença, ela certamente é "algo mais". E isso simplesmente porque, na decisão do *common law*, não se tem em foco somente a segurança jurídica das partes – e, assim, não importa apenas a coisa julgada material –, mas também a segurança dos jurisdicionados, em sua globalidade. Se o dispositivo é acobertado pela coisa julgada, que dá segurança à parte, é a *ratio decidendi* que, com o sistema do *stare decisis*, tem força obrigatória, vinculando a magistratura e conferindo segurança aos jurisdicionados.

É exatamente na *ratio decidendi* que se encontra a regra ou princípio de direito que será utilizado como precedente judicial, em casos futuros, e que é construído a partir do caso paradigma. Acerca da razão de decidir, Francisco Rosito (2012, p. 107-108) aponta que:

> Por conseguinte, a *ratio decidendi* é a resolução específica sobre determinada matéria decidida no tribunal, na qual estão contidos três elementos: a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*). Em outras palavras, constitui-se na razão jurídica ou nos fundamentos determinantes da decisão, o que não representa um preceito abstrato, senão uma regra ou princípio jurídico ditado pela controvérsia concreta. Trata-se, portanto, da norma concretizada em face dos fatos objeto do conflito de interesses, sendo fundamental à extração da *ratio decidendi* interpretar o núcleo fático da decisão sobre o qual incide a norma de direito. É da fusão desses elementos inseparáveis, de fato e de direito, que se extrai a *ratio decidendi*, mediante um método de análise voltado ao caso concreto.

Por sua vez, o *obiter dictum* não possui aspecto central na decisão proferida, não tendo o condão de gerar a vinculação de casos futuros. Acerca do conceito, Tiago Lima (2013, p.171) ensina que:

> (...) podem existir questões que conquanto mencionadas no corpo de uma decisão judicial não tenham sido consideradas pelo juiz quando da sua atividade cognitiva (denominadas *obiter dictum*). São meras reflexões que ali constaram por decorrência do raciocínio lógico desenvolvido pelo julgado, mas que não podem ser consideradas, isoladamente, como justificativa para a conclusão judicial.

Nos países de *common law*, a cada nova demanda apresentada ao juiz, ele deverá verificar se já houve pronunciamento judicial anterior acerca do tema. Em caso afirmativo, deverá decompor o precedente, localizando quais elementos se caracterizam como *ratio decidendi* e quais como *obiter dicta*, e aplicar os primeiros neste novo caso, mantendo uma congruência com os julgados pretéritos. Tarefa esta que nem sempre é simples.

3.2. *DISTINGUISHING*

Nota-se que no *common law* a importância dada aos casos já julgados é grande, razão porque se fala muitas vezes em *case law*, o direito que é construído com os casos já julgados. Além da análise dos elementos constitutivos da decisão, primários e secundários, é essencial identificar a proximidade entre o caso proposto e o caso que determinou a *ratio decidendi*, ou seja, do caso paradigma, cuja decisão será vinculante.

Eis a importância do *distinguishing*, qual seja, permitir a análise das similitudes e distinções entre os casos, vislumbrando o quão semelhantes são as situações, e se a decisão pretérita deve ser utilizada como fundamento, precedente, do caso apresentado.

A questão é que existem elementos que nunca permitirão o julgamento de dois casos idênticos. Algo mudará, sejam as partes, os pedidos, a causa de pedir, ou algum elemento fático, sob pena de litispendência. Deste modo, a questão é definir se os casos em cotejo são suficientemente semelhantes. E a técnica do *distinguishing* tem exatamente esta função: realizar a distinção entre os elementos dos casos, e demonstrar que o núcleo jurídico central da demanda atual é suficientemente diferente do precedente, sendo este inaplicável. Neste sentido, se mostra pertinente a lição de Luiz Volpe Camargo (2012, p. 565):

> Para que dois casos sejam iguais *não* é necessário que a igualdade seja absoluta, isto é, em todos os aspectos, em todos os detalhes. Diante de um novo caso, é preciso identificar o *ponto efetivamente nuclear* do precedente invocado de modo a possibilitar ou não o seu enquadramento ao caso em exame, pois, como sempre há uma ou outra minúcia a distinguir dois processos, a imposição da condição de ocorrência de exata, total e irrestrita similitude entre novo caso e caso paradigma, inviabilizaria totalmente o sistema de respeito aos precedentes. Como há diferenças que são irrelevantes para a comparação da questão jurídica, estas devem ser desprezadas. Esse juízo de valor será sempre feito pela parte no ato de postular com base em precedente ou no ato do juiz de decidir com base em antecedente judiciário. (grifos do autor)

3.3. TÉCNICAS DE REVOGAÇÃO: *OVERRULING*, *OVERRIDING* (*MODIFIYNG*) e *TRANSFORMATION*

Juntamente com a importância de reconhecer quais elementos possuirão aspecto vinculante, e quais casos são suficientemente semelhantes para a vinculação do julgado, há a necessidade de reconhecer que além da mudança que o direito sofre com o passar do tempo, existe a possibilidade de erro por parte dos magistrados.

Por estes motivos, as técnicas de revogação de precedentes são essencias. É preciso decidir se o precedente anteriormente constituído, muitas vezes há anos, ainda se coaduna com a realidade jurídica e social daquela sociedade, para, se necessário, proceder à sua modificação. Note-se que não se trata de distinguir os elementos constitutivos de dois casos, mas sim de modificação da *ratio decidendi* em alguma medida.

O *overruling* constitui técnica que visa à superação do precedente anterior. Trata-se da rejeição do precedente, ou seja, a *ratio decidendi* anteriormente estabelecida não se coaduna mais com o ordenamento jurídico, havendo fundamentação suficiente para seu abandono, e constituição de nova orientação. Conforme Fransisco Rosito (2012, p. 301-305):

> A técnica do *overruling* (revogação) consiste na rejeição do precedente, sendo um juízo negativo sobre a sua *ratio decidendi*. É utilizada para reconhecer a existência de fundamento jurídico para abandono do precedente anteriormente estabelecido. Cuida-se da hipótese em que o precedente se revela ultrapassado ou equivocado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação.

É possível também que não haja a necessidade de revogação total da posição anteriormente adotada, mas sim de uma adequação. Trata-se do *overriding*, também conhecido como *modifying* fora dos Estados Unidos. Através deste mecanismo é possível limitar a incidência do precedente, vez que não mais se aplica em sua totalidade no caso.

É possível conceber que com o passar do tempo surja entendimento que determinada teoria jurídica possa ser excepcionada em certas situações. O entendimento original, de que a teoria seria sempre aplicável sofreu alteração. Este precedente original, que criou a tese, não precisa ser completamente superado, vez que a teoria ainda possui respaldo jurídico, mas ela sofreu uma modificação, com a inclusão de exceções. Thiago Lima (2013, p. 209), acerca do tema, pontua que:

> Por sua vez, o *overriding* refere-se à prática de restringir o âmbito de aplicação de um precedente judicial em julgamento posterior. Muitas vezes, tal técnica se aproxima de uma revogação parcial da pretérita orientação jurisprudencial. É uma maneira que o tribunal possui de analisar a nova questão, que parece relativamente distinta do precedente sem ter que revogá-lo inteiramente. Limita-se, portando, o alcance da *holding* extraída do primeiro caso.

Perceba-se que tanto com o exercício do *overruling*, como do *overriding*, há a revogação de todo ou parte do entendimento jurisprudencial pretérito. Esta revogação permite que o precedente não seja aplicado para decidir a nova demanda. Existe uma revogação expressa, que fundamenta a não aplicação. Isto não ocorre com a *transformation*.

Esta técnica permite a transformação do entendimento jurisprudencial sem a revogação do precedente. Há uma superação da *ratio decidendi* anterior, mas a corte não a afirma expressamente, pois se tenta compatibilizar o resultado obtido no precedente revogado com a nova decisão; não se admite erro no julgado anterior. Acerca do tema, a lição de Marinoni (2011, p. 345):

> Contudo, se a distinção entre *overruling* e *tranformation* é mais formal que substancial, surge ao menos a curiosidade de indagar o motivo pelo qual a Corte pode preferir a *transformation* ao *overruling* (...). A *transformation* admite equívoco na tese então sustentada, mas não aceita que a Corte tenha cometido impropriedade ao julgar o caso anterior. O *overruling* constituiu confissão de que não apenas a tese está equivocada, mas também de que a Corte errou ao decidir em favor de uma das partes e não da outra. A *transformation*, por sua vez, não aceita a ideia de que a decisão deveria ter sido favorável ao autor e não ao réu ou vice-versa (...)

Apesar da técnica não revogar o precedente, mantendo artificialmente a estabilidade do sistema de precedentes, ela dificulta a delimitação da "nova" *ratio* pelos tribunais que terão de aplicar a tese. Vez que não ocorreu o *overruling* passam a conviver dois entendimentos acerca do tema. Isto pode ser interessante quando há a necessidade de maior discussão acerca da matéria, mas milita contra a estabilidade do sistema. É mais proveitoso revogar o precedente superado, estabelecendo uma nova posição jurisprudencial, do que permitir dois entendimentos acerca de dado tema. Havendo sido firmado, de forma clara, novo entendimento, deve-se ser aplicado o *overruling* (MARINONI, 2011, p. 347).

4. O DIREITO ECONÔMICO E A ECONOMICIDADE

O Direito Econômico é o ramo jurídico que, no intuito de conduzir a economia nacional, nos termos de sua ideologia constitucional, estuda, harmoniza e disciplina a relação dos entes públicos com os agentes privados, os quais detêm os fatores de produção. Desta forma, o Estado intervêm na ordem econômica, conforme as balizas jurídicas existentes.

Trata-se de ramo jurídico relativamente novo, vez que passou a constar explicitamente no nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição da República de 1988.

Antes disto, o Direito Econômico, propriamente dito, não existia, sendo muitas vezes tratado como "o Direito do Washington", referência ao professor Washington Peluso Albino de Souza, estudioso e defensor deste ramo jurídico. Foi ele que conseguiu, após muito esforço e dedicação e com o auxílio dos membros da recém-reativada *Fundação Brasileira de Direito Econômico*, convencer os legisladores constituintes a inserir o "*Direito Econômico*" na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 24, I (KOURY, 2013, p. 443-445).

Vez que o Direito Econômico busca organizar o funcionamento da ordem econômica nacional, gerindo as relações entre os agentes públicos e privados, é patente a sua importância. Não é apenas a economia desenfreada que deve ser buscada pela nação, existindo diversos outros valores de vital importância que necessariamente devem ser considerados para alcançar uma sociedade frutífera. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixa esta preocupação clara em seu art. 170.

O artigo deixa clara a preocupação constitucional com outros fatores, que não apenas a livre concorrência, o enriquecimento nacional, ou outros postulados neoliberalistas. Eros Grau (2014, p.190-191) aponta vários outros preceitos que são transportados para a concepção de ordem econômica, tais como, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do direito de greve, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a redução das desigualdades regionais e sociais, e o direito do consumidor.

Nota-se, portanto, que a ordem econômica brasileira não é apenas econômico-financeira: ela deve zelar também por outros valores essenciais para o desenvolvimento adequado da sociedade brasileira. Isto leva, inclusive, a uma discussão acerca da ideologia adotada pela Constituição Brasileira, como bem aponta Suzy Koury (2014, p. 460):

> Há certa polêmica entre os doutrinadores quanto à ideologia adotada pela CRFB/1988, entendida, por alguns, como responsável pelo que chamam de crise de governabilidade e por outros, como um a Constituição que consagra um Estado Democrático de bem-estar social.

Ao analisar a evolução do direito econômico brasileiro, Clark, Corrêa e Nascimento (2018, p. 322) apontam que houve:

> (...) quatro grandes períodos entre a década de 30 do século XX e o ano de 2018 que condicionaram o desenvolvimento do Direito Econômico: (1). entre os anos 30 e 80 do século passado - o período de hegemonia do nacional-desenvolvimentismo - o Direito Econômico conhece o seu ápice como disciplina em razão da centralidade da temática do desenvolvimento nacional; (2) a partir da década de 90 do século XX, o avanço da ideologia do fundamentalismo do livre mercado e do chamado neoliberalismo de regulação, no qual o Direito Econômico é mutilado e reduzido ao estudo da concorrência (uso e abuso do Poder Econômico); (3) entre 2003 e 2016, no reformismo fraco do governo petista, apesar da uma renovação do discurso e alguns avanços na disciplina, o Direito Econômico não consegue alcançar a sua centralidade do período anterior; (4) após a ruptura democrática por meio do golpe parlamentar e a implementação do neoliberalismo de austeridade, o Direito Econômico apresenta-se como uma disciplina apta a denunciar os ataques aos fundamentos da Constituição Econômica em razão de um programa que nega a soberania econômica e o desenvolvimento nacional.

Neste sentido, o princípio da economicidade assume importantíssima função. Trata-se de princípio, desenvolvido e defendido por Washington Peluso Albino de Souza, que visa compatibilizar os diversos elementos que constituem a ordem econômica, constitucionalmente definida.

Conforme já tratado, a ordem econômica constitucional brasileira é composta por uma série de elementos, que possuem, inclusive, objetivos antagônicos, caso levados ao extremo. É o caso da livre concorrência e do direito do consumidor. Apesar disto, é necessário compatibilizar tais interesses, e para tal é necessário compreender que a constituição possui características políticas, jurídicas e éticas. Consequentemente o direito econômico possui tais características, conforme Washington Albino (2006, p. 228) pontuou:

> (...) Considerando-se, por outro lado, a finalidade deste ensino, que era a de efetivar a Justiça – valor ético – interessando ao Direito, facilmente se compreenderá a formação do “amálgama” Direito Econômico, a partir da reunião DIREITO-POLÍTICA-ÉTICA.

A necessidade de condensar a ética e a política ao Direito Econômico reclama um elemento capaz de realizar tal tarefa: o princípio da economicidade. Vez que a necessidade de

compatibilizar a economia de mercado com os interesses sociais sempre foi necessária, o mesmo ocorre ao se conceber este ramo jurídico.

Apesar de ser uma expressão pouco utilizada atualmente, ela não deixa de ser aplicada pelos tribunais pátrios, inclusive os superiores, mesmo que com outras nomenclaturas: ponderação, sopesamento, proporcionalidade. A nomenclatura é diferente, mas o objetivo é o mesmo: compatibilizar os diversos interesses que formam a ordem econômica nacional.

Para Washington Albino a expressão princípio possui duas dimensões diferentes. A primeira retrata a diversidade de correntes político-econômicas que compõe a ordem econômica brasileira, ou seja, a sua ideologia, facilmente percebida ao analisar os elementos contrastantes que a fundamentam, de modo que podem existir princípios de matizes liberais convivendo com princípios de fundamentação social.

Já o segundo sentido é de instrumento hermenêutico, ou seja, auxiliar na interpretação da ordem econômica, vez que há a necessidade de compatibilizar elementos conflitantes a partir de uma racionalidade jurídico-econômica. Acerca do tema Giovani Clark e Leonardo Corrêa (2009, p. 4247-4248) apontam que:

> Portanto, o princípio da economicidade – como instrumento hermenêutico – veda qualquer tipo de interpretação da Constituição Econômica que busque considerar seu fundamento jurídico em apenas uma corrente ideológica de ordem econômica. Seria flagrantemente inconstitucional uma política econômica aniquiladora da livre concorrência de um setor da economia, ou que socializasse todos os bens de produção de uma determinada região, pois nossa ordem econômica está fundada na livre iniciativa e na propriedade privada. Por outro lado, não mereceriam guarida em nossa ordem jurídica, políticas econômicas que desconsiderassem o valor do trabalho humano frente ao processo de automação de algum setor econômico, ou ainda concentrasse as ações estatais de crescimento econômico, como renúncias fiscais e investimentos em infra-estrutura (*sic*), em apenas uma região do país.

Vez que é necessário ponderar os diversos elementos constitutivos da ordem econômica nacional, ao fazê-lo, tem-se a busca pelo equilíbrio das forças que compõe o âmbito econômico do Brasil. Esta prática, claramente, revela a existência de um padrão jurídico, que visa alcançar a moralidade e justiça econômica e social. Tal busca pode ser claramente visualizada no art. 170 CRFB/88.

5. O PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 319-4/DF.

Para os fins do presente trabalho será analisado um precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal: a ADI n. 319-4/DF. A análise da presente decisão se deve ao fato de ter sido exarada em 1993, pouco depois da promulgação da CRFB/88, o que a torna um dos primeiros precedentes acerca do tema. Desta forma, se busca demonstrar como tal decisão deveria ter sido analisada para a construção jurisprudencial da matéria.

A ADI n. 319-4/DF, cuja relatoria coube ao Ministro Moreira Alves, foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, visando a declaração de inconstitucionalidade da lei n 8.039, de 30/04/1990, a qual dispõe sobre o critério de reajuste das mensalidades escolares. Eis a ementa do caso em questão:

> Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e da outras providencias.
> – Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.
> - Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares.
> - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei. Ofensa ao princípio da irretroatividade com relação a expressão "março" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da referida Lei. Interpretação conforme a Constituição aplicada ao "caput" do artigo 2º, ao parágrafo 5º desse mesmo artigo e ao artigo 4º, todos da Lei em causa. Ação que se julga procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade da expressão "março" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei no 8.039/90, e, parcialmente, o "caput" e o parágrafo 2º do artigo 2º, bem como o artigo 4º os três em todos os sentidos que não aquele segundo o qual de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. (BRASIL, 1993)

A CONFENEN fundamenta seu pedido na alegação de que a escola particular é livre à iniciativa privada, não podendo haver interferência estatal, salvo nos limites do art. 209 CRFB/88, que não regula tabelamento de preços. Tal tabelamento levaria as instituições privadas à insolvência, contrariando os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Por fim, defendem que o intervencionismo só poderia ocorrer *a posteriori*, para evitar ampliação arbitrária de lucros. Defende também a inconstitucionalidade da lei, vez que ela foi publicada em abril de 1990, e estabelece o valor das mensalidades de forma retroativa. Por sua vez, a

Consultoria Geral da República se manifesta no sentido de que seja julgada improcedente a ação.

O Supremo Tribunal Federal decidiu que a lei não é inconstitucional simplesmente por dispor de critérios de reajuste da mensalidade escolar (intervenção estatal no domínio econômico), vez que a lei não se relacionava apenas com a livre iniciativa e a livre concorrência, mas também com outros elementos como a justiça social, direito do consumidor e redução das desigualdades sociais (art.170 CRFB/88). Ou seja, aplicou-se o princípio da economicidade, realizando uma análise de diversos aspectos essenciais para o adequado desenvolvimento da Constituição Econômica. Isto fica claro no voto do Ministro-relator Moreira Alves (BRASIL, 1993):

> Embora a atual Constituição tenha, em face da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1/69, dado maior ênfase à livre iniciativa, uma vez que, ao invés de considerá-la, com estas (arts. 157, I, e 160, I, respectivamente), um dos princípios gerais da ordem econômica, passou a tê-la como um dos dois fundamentos dessa mesma ordem econômica, e colocou expressamente entre aqueles princípios o da livre concorrência que a ela está estreitamente ligado, não é menos certo que tenha dado maior ênfase às suas limitações em favor da justiça social, tanto assim que, no art. 1º, ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, coloca entre os fundamentos deste, no inciso IV, não a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas os valores sociais da livre iniciativa: ademais, entre os novos princípios que estabelece para serem observados pela ordem econômica, coloca o da defesa do consumidor (que ainda tem como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXXII) e a redução das desigualdades sociais. (grifos do autor)

Juntamente com esta afirmação, que especificamente refuta a tese de inconstitucionalidade fundada na intervenção econômica, o relator analisa as alegações da parte autora acerca da irretroatividade da lei. A conclusão do Ministro Moreira Alves (BRASIL, 1993) é a seguinte:

> Em conclusão, julgo procedente, em parte, a presente ação direta, para declarar inconstitucional a expressão "março" contida no parágrafo 5º do artigo 2º da Lei 8.039, de 30 de maio de 1990. Observo, por outro lado, que o caput do artigo 2º, o parágrafo 5º desse mesmo artigo (excluída a expressão cuja inconstitucionalidade se declara) e o artigo 4º, todos da mesma lei, são constitucionais com a interpretação de que de sua aplicação estão ressalvadas as hipóteses, em que, no caso concreto, ocorra direito adquirido, ato perfeito ou coisa julgada (grifo do autor).

Os ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Octávio Gallotti acompanharam integralmente o voto do relator. O ministro Paulo Brossard julgou improcedente a ação, sem fazer maiores ressalvas. Por fim, o voto de maior divergência, ainda que vencido, foi o do Ministro Marco Aurélio.

O Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 1993) entendeu que a lei em análise violava profundamente a livre iniciativa e liberdade de mercado (sendo, inclusive, criticado no voto do Ministro Sepúlveda Pertence), desta forma julgando inconstitucionais os artigos 1º, 2º, *caput*, e 4º.

> A esta altura, assentadas algumas verdades de estatura constitucional, cabe indagar:
> A lei nº 8.039/90 veio ao mundo jurídico ao abrigo da atual Carta?
> A lei nº 8.039/90 preserva a livre iniciativa tão cara aos Estados Democráticos?
> A resposta é, para mim, desenganadamente negativa. Assim o é porque no campo econômico prevalece como regra a liberdade de mercado, fato indispensável à preservação da livre iniciativa, repetida em vários dispositivos da Constituição, inclusive nos referentes ao ensino (...)

Fica clara a importância e a utilização do princípio da economicidade, que apesar de não ter sido utilizado com esta nomenclatura (nem mesmo com outra mais comum nos dias de hoje - ponderação, proporcionalidade, sopesamento) permitiu analisar e compatibilizar os elementos constantes no art. 170 CRFB/88, e refutar o argumento da CONFENEN de que a intervenção estatal não seria cabível no âmbito educacional privado. Isto posto, deve-se analisar a construção do precedente.

O primeiro passo para construir o precedente a partir da decisão analisada é verificar quais são os elementos principais e quais os secundários, ou seja, qual a *ratio decidendi* e quais são *obiter dicta*. Conforme já tratado em momento anterior, a *ratio decidendi* é a razão da decisão, a parte desta que terá caráter vinculante e será aplicada futuramente em outros casos. Em contrapartida, os elementos definidos como *obiter dicta* não possuirão carga vinculante, por não tratarem do cerne jurídico e/ou servirem como exemplos para fortalecer a argumentação.

No presente estudo, a análise se deterá em discutir o princípio da economicidade, mas fica o alerta para que a mesma análise seja feita, de forma análoga, aos outros elementos da decisão. Lembre-se que a ADI n. 319-4/DF não julgou apenas a possibilidade do Estado intervir no domínio econômico (definição das mensalidades de escolas privadas).

A utilização do princípio da economicidade, no caso, deve ser considerada *ratio decidendi*? Em caso afirmativo, qual o grau de generalidade do precedente baseado no princípio, ou seja, qual a sua amplitude? Estas são duas questões essenciais, que devem ser resolvidas.

A primeira questão requer a análise do caso concreto. Entre os diversos pontos decididos, um deles foi a possibilidade de o Estado intervir na Economia, vez que a Constituição Econômica não legitima a busca ampla e irrestrita pela livre iniciativa, mas sim, um equilíbrio deste valor, com outros, de suma importância, como o direito do consumidor, a justiça social, e outros. O art. 170 CRFB/88 é bastante ilustrativo.

Desta forma, entende-se que, sim, a aplicação do princípio da economicidade constituiu-se em parte da *ratio decidendi* do acórdão, devendo ter efeito vinculante aos futuros casos. Não se trata de elemento exemplificativo ou de argumentação secundária, mas sim de parte essencial da decisão, que a fundamentou de forma robusta (mesmo que parcialmente).

Em uma análise mais apressada poder-se-ia entender que esta é a resposta mais importante aos questionamentos feitos anteriormente. Não é este o caso. Explica-se: é vital saber que o princípio da economicidade possuirá força vinculante nos futuros casos, mas ainda mais relevante é saber em quais casos isto ocorrerá. Tais *cases* devem ser semelhantes ao paradigma que deu origem ao precedente.

Não é o princípio em si que ganhará o atributo da vinculação, mas sim o resultado de sua aplicação no caso concreto. O que é vinculante é que o Estado pode intervir no domínio econômico, no âmbito da educação, para impedir que a livre concorrência permita o livre aumento das mensalidades escolares, se contrapondo a outros valores constitucionais essenciais. Esta discussão é de vital importância, pois permitirá definir os contornos dos casos em que o precedente será aplicado, ou seja, permitirá realizar o *distinguishing*, já tratado em tópico anterior.

Em outro caso, em que se discuta, por exemplo, a intervenção do Estado em situações de livre aumento de preços em planos de saúde privados, certamente ocorrerá uma discussão acerca dos valores essenciais à Constituição Econômica Brasileira, e a consequente aplicação do princípio da economicidade, com a ponderação entre diversos valores. Mas não pode ocorrer a aplicação irrestrita da ADI 319-4/DF como paradigma vinculante. Não está se tratando de educação privada, mas sim de planos de saúde.

O tema é diferente, e por mais que o caminho a ser percorrido até a decisão seja semelhante, não poderá ser aplicado irrestritamente o precedente, por não se adequar ao caso

concreto. A decisão pode até ser a mesma (e possivelmente será), mas o tribunal não poderá se furtar a discutir o assunto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme estudado, a aproximação entre os sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* é perceptível face à ampliação de técnicas que utilizam os precedentes judiciais no direito brasileiro. Da mesma forma a nova visão constitucional, que surgiu após a Constituição da República de 1988, estimula essa aproximação, ao conferir maior responsabilidade ao Poder Judiciário.

Apesar disto, diversas técnicas próprias do *common law* são aplicadas na hora do uso de precedentes judiciais, e por não serem conhecidas devidamente no Direito Brasileiro, dificultam a sua criação e aplicação. Neste estudo foram analisadas a *ratio decide*ndi, *obiter dicta*, *distinguishing*, e outros institutos, cuja função é a de revogar os precedentes.

Constatou-se, também, a importância do Direito Econômico e o papel do princípio da economicidade neste ramo jurídico, expondo seu surgimento, conceito e função. Não há como discutir que a CRFB/88 apresenta diversos valores que devem ser equilibrados em busca do real sucesso da Constituição Econômica.

Após isto, apresentou-se a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 319-4/DF, a qual debatia a constitucionalidade da Lei n. 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispunha sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares. Um dos aspectos debatidos era a (im)possibilidade do Estado intervir no domínio econômico, regulando as mensalidades praticadas pelas instituições de ensino privadas. O STF decidiu no sentido de considerar constitucional a intervenção, reconhecendo a inconstitucionalidade de pontos específicos da lei.

Apresentada a decisão do Tribunal, passou-se a analisar, com foco no princípio da economicidade, a construção do precedente vinculante a partir deste paradigma.

Conclui-se, que, de fato, a aplicação da economicidade no caso se configura *ratio decidendi*, mas que mais importante do que definir a *ratio decidendi*, é estabelecer seus contornos e limites, reconhecendo que o caso concreto possui suas peculiaridades que devem ser levadas em consideração na hora de realizar o *distinguishing*, sob pena de má utilização do precedente e ausência de correta fundamentação no caso futuro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Estudos de direito processual*. Belém: Paka-Tatu, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. *In*. FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; GIOTTI DE PAULA, Daniel. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI n. 319-4/DF*, Relator: Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 03/03/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 30/04/1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>. Acesso em: 18.04.2020.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro*. *In*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. O *direito econômico, o pioneirismo de Washington Peluso Albino de Souza e o desafio equilibrista: a luta histórica de uma disciplina entre padecer e resistir*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 73, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1950>. Acesso em: 18.04.2020.

CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves. *Direito Econômico e Pós-Positivismo: o diálogo entre a teoria das normas da Filosofia do Direito e a divisão de regras, princípios e normas de Washington Albino Peluso de Souza*. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo, nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/1979.pdf>. Acesso em 18.04.2020.

DALLARI. Dalmo de Abreu. *A constituição na vida dos povos: da idade média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica*). 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

KOURY, Suzy Cavalcante. *A CRFB/1988 encontra Keynes: a viabilidade do Estado Social nos momentos de crise*. In. DIAS, Jean Carlos (Coord.); GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). Direito e desenvolvimento. São Paulo: Método, 2014.

_____, Suzy Cavalcante. *O princípio da economicidade na obra de Washington Peluso Albino de Souza*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, número especial: em memória do professor Washington Peluso Albino de Souza, 2013. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/P.0304-2340.2013vWAp443/314>. Acesso em: 18.04.2020

LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. *Os precedentes judiciais e a razoável duração do processo: uma análise a partir da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

POSNER, Richard. *Teorias da regulação econômica*. In. MATTOS, Paulo Todescan L. (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: CEBRAP - Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, 2004.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Breve depoimento sobre a introdução do Direito Econômico no ensino jurídico, enquanto disciplina curricular*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 49, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/18>. Acesso em: 18.04.2020.