

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DEMOCRACIA, PROCESSO E JURISDIÇÃO

**PRECEDENTES JUDICIAIS E O CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VISANDO O ALCANCE DA
SUSTENTABILIDADE SOCIAL**

MARCELO CORRÊA

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO
LINHA DE PESQUISA: DEMOCRACIA, PROCESSO E JURISDIÇÃO

**PRECEDENTES JUDICIAIS E O CONTROLE EXTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VISANDO O ALCANCE DA
SUSTENTABILIDADE SOCIAL**

MARCELO CORRÊA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Itajaí-SC Julho de 2017

DEDICATÓRIA

Qualquer intento humano só faz sentido se temos com quem compartilhar.

À minha base de sustentação, minha especial família.

À minha matriarca, Maria Aparecida Gonçalves.

À minha esposa Eliane Muller.

Ao meu legado, meus filhos amados, Melissa e Marcelo Prim Corrêa, Valentina Rocha Corrêa e Gabriella Thays Corrêa.

Obrigado, simplesmente, por existirem.

AGRADECIMENTOS

À Deus, há quem devo todo o sentido de minha existência.

À minha família, especialmente a minha esposa e fiel companheira Eliane.

À Melissa, Marcelo, Valentina e Gabriella, pela compreensão e amor dispendidos durante este lapso de tempo em que, obrigatoriamente, tanto me ausentei.

À minha mãe Maria Aparecida, por sempre ter uma palavra de incentivo nos momentos em que mais precisei.

Ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, especialmente aos colegas da Secretaria Geral pela compreensão de minhas ausências, bem como ao Instituto de Contas, não só pelo subsídio das mensalidades, mas por todo o apoio concedido para o alcance deste objetivo.

Aos grandes e verdadeiros mestres deste curso de Mestrado com quem tive a honra de compartilhar tanto conhecimento e experiência, proporcionando uma verdadeira transformação.

De uma maneira ainda mais especial ao meu orientador, professor doutor Pedro Manoel Abreu, por ter me concedido a oportunidade de conhecer um pouco mais de sua figura profissional, intelectual e, acima de tudo humana.

À toda equipe de apoio do curso, aos valiosos profissionais administrativos que tão bem desempenharam suas funções e facilitaram grandemente a vida na academia.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

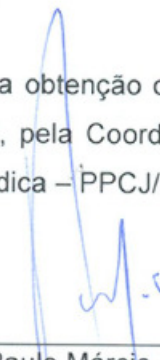
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, de Setembro de 2017.

Marcelo Corrêa

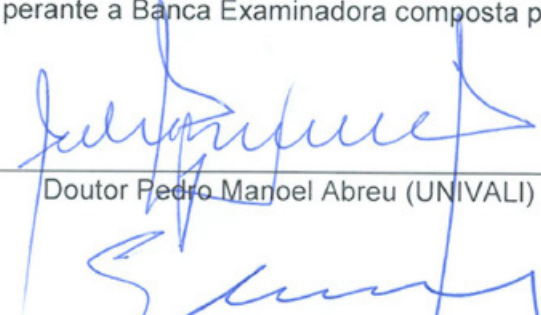
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

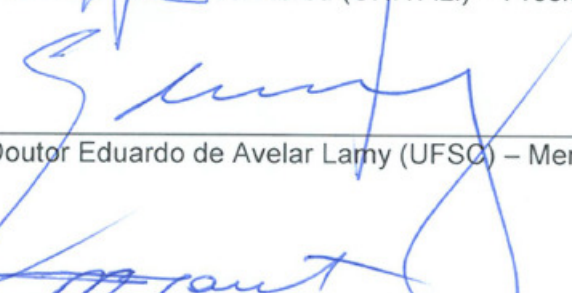


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Pedro Manoel Abreu (UNIVALI) – Presidente



Doutor Eduardo de Avelar Lamy (UFSC) – Membro



Doutor Marcelo Buzaglio Dantas (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 05 de outubro de 2017

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, tendo como foco o impacto dos precedentes judiciais na Administração Pública no que tange ao desenvolvimento de suas cotidianas tarefas e nas respectivas atividades de controle externo, e enquadrada na linha de pesquisa Democracia, Processo e Jurisdição. A Administração Pública sempre se pautou pelos estritos ditames da legalidade (princípio da legalidade), em que pese o avanço constitucional de sua última carta política, encampando a força normativa de uma série de princípios consignados em seu texto, o que levou ao estabelecimento de um novo princípio administrativo – princípio da juridicidade, além de elencar uma série de direitos fundamentais, com maior relevo para os sociais. Diante de um quadro extremamente complexo e restritivo, derivado dos escassos recursos financeiros por parte do Estado, a hercúlea tarefa de conciliar esta situação com a premente necessidade de atendimento das crescentes demandas sociais, não é das mais fáceis. O controle externo de suas atividades, especialmente desenvolvido por parte dos Tribunais de Contas, órgãos constitucionalmente responsáveis por referida missão, com o indispensável apoio da sociedade em que estão inseridos (controle social), decorrente da fortificação dos anseios da democracia participativa, pode ser decisivo para o estabelecimento de metas e objetivos, traduzidos pelas diversas políticas públicas de titularidade do Estado, mais condizentes com a expectativa da sociedade. Porém, é preciso salientar que referidas conquistas têm de ser trabalhadas de maneira eficaz, visando o atingimento de sua sustentabilidade social.

Palavras-chave: Precedentes judiciais. Administração Pública. Controle Externo. Sustentabilidade social.

RESUMEN

La presente Disertación pertenece a la línea de investigación Constitucionalismo y Producción del Derecho, tiene como foco el impacto de los precedentes judiciales en la Administración Pública en lo que se refiere al desarrollo de sus cotidianas tareas y en las respectivas actividades de control externo, y está enmarcada en la línea de investigación Democracia Procedimiento y Jurisdicción. La Administración Pública siempre se ha guiado por los estrictos dictámenes de la legalidad (principio de legalidad), en que pese al avance constitucional de su última carta política, encampando la fuerza normativa de una serie de principios consignados en su texto, lo que llevó al establecimiento de un nuevo principio administrativo - principio de la juridicidad, además de enumerar una serie de derechos fundamentales, con mayor relieve para los sociales. Ante un cuadro extremadamente complejo y restrictivo, derivado de los escasos recursos financieros por parte del Estado, la hercúlea tarea de conciliar esta situación con la urgente necesidad de atender las crecientes demandas sociales, no es de las más fáciles. El control externo de sus actividades, especialmente desarrollado por parte de los Tribunales de Cuentas, órganos constitucionalmente responsables de dicha misión, con el indispensable apoyo de la sociedad en la que están insertos (control social), resultante del fortalecimiento de los anhelos de la democracia participativa, puede ser decisivo para el establecimiento de metas y objetivos, traducidos por las diversas políticas públicas de titularidad del Estado, que coinciden más con las expectativas de la sociedad. Sin embargo, hay que subrayar que tales conquistas tienen que ser trabajadas de manera eficaz, buscando el logro de su sostenibilidad social.

Palabras clave: Precedentes judiciales. Administración Pública. Control Externo. Sostenibilidad social.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
ONU	Organização das Nações Unidas

ROL DE CATEGORIAS

Administração Pública: toda atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Controle interno: aquele efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria administração, sob o comando de um órgão central e, por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atuar de maneira integrada em todos os Poderes do Estado, buscando comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando o seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício das atividades constitucionais.

Controle externo: controle indireto da sociedade, exercido pelos representantes eleitos pelo povo sobre os atos dos administradores públicos, eleitos ou não, e visa à preservação dos valores democráticos e dos interesses da sociedade.

Controle Social: aquele exercido pelo cidadão diretamente ou pela sociedade civil organizada e se enquadra como modalidade de controle externo, porquanto o controle é realizado por alguém que não se encontra inserido na estrutura do órgão regulador.

Princípios: normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Os princípios não descrevem um objeto em sentido amplo (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), mas, em vez disso, estabelecem um estado ideal de coisas, que deve ser promovido.

Precedente Judicial: decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.

Princípio da sustentabilidade: princípio constitucional que determina, com eficácia direta e

imediate, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Sustentabilidade social: conjunto de ações que visam melhorar a qualidade de vida da população. Estas ações devem diminuir as desigualdades sociais, ampliar os direitos e garantir acesso aos serviços (educação, saúde, acesso à justiça, inclusão digital, maior participação democrática, acesso à bens e serviços públicos essenciais, dentre outros) que visam possibilitar as pessoas acesso pleno à cidadania.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
2.1	ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
2.2	CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	20
2.2.1	Controle Interno	21
2.2.2	Controle Externo	24
2.3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	36
2.3.1	Princípio da Legalidade	38
2.3.2	Princípio da Efetividade	39
2.3.3	Princípio da Segurança Jurídica.....	41
2.3.4	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	42
2.3.5	Princípio da Solidariedade	44
2.3.6	Princípio da Juridicidade	47
3	PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CPC.....	50
3.1	NORMA LEGAL: DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO.....	50
3.2	RELEITURA DAS FONTES DO DIREITO.....	55
3.3	PRECEDENTES JUDICIAIS	57
3.3.1	Sistemas Jurídicos	61
3.3.2	Precedentes Persuasivos e Precedentes Vinculantes.....	75
3.3.3	Dinâmica e Interpretação do Precedente.....	78
4	SUSTENTABILIDADE SOCIAL COMO OBJETIVO A SER PERSEGUIDO	89
4.1	O ESTADO CONTEMPORÂNEO E O CONTROLE EXTERNO.....	89
4.2	A INFLUÊNCIA DO(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S)	99
4.3	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	102
4.4	GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.....	108
4.5	RESERVA DO POSSÍVEL.....	112
4.6	SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES – A SUSTENTABILIDADE SOCIAL	116
4.7	UM NOVO ENFOQUE AO CONTROLE EXTERNO – O CONTROLE SOCIAL	118
4.8	PRECEDENTES JUDICIAIS E CONTROLE EXTERNO: FERRAMENTAS PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL	124
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	128
	REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS.....	130

1 INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é analisar a possibilidade de irradiação dos reflexos dos Precedentes Judiciais, disciplinados pelo novo Código de Processo Civil brasileiro, no desenvolvimento das tarefas cotidianas da Administração Pública tendentes a garantir a sustentabilidade social, através dos órgãos responsáveis pelo Controle Externo de suas atividades, em um cenário onde impera um rígido sistema de *civil law* (onde reina {quase} absoluto o princípio da legalidade) e onde o (des)respeito às decisões judiciais de instâncias superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, inclusive por parte de seus próprios integrantes, são mazelas facilmente detectadas no cenário jurídico nacional.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Os precedentes judiciais, trazidos ao cenário brasileiro pelo novo Código de Processo Civil, podem refletir nas atividades da Administração Pública?

b) É possível a utilização de precedentes judiciais, no âmbito do Controle Externo da Administração Pública, na busca do atendimento à seus jurisdicionados dos anseios da sustentabilidade social?

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão exposto na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

No primeiro capítulo será abordado o controle externo da administração pública, onde serão tratados temas atinentes à esta, como seu conceito, desenvolvimento histórico e modelos de gestão.

Contempla, também, o estudo do controle administrativo, que contempla o

interno, externo e social (este último espécie de controle externo), com ênfase ao controle externo praticado pelos Tribunais de Contas, explicitando ainda a importante presença da sociedade no desenvolvimento de referidas tarefas, e ainda, buscando subsidiar uma análise mais aprofundada do tema, uma verificação das atividades de controle externo praticadas em alguns outros países.

Em decorrência do momento constitucional que permeia o Estado brasileiro, inevitável não se adentrar em alguns princípios norteadores da Administração Pública, especialmente os mais recentes, consequência do novo olhar lançado a respeito dos objetivos públicos demandados a serem conquistados.

Já no segundo capítulo serão contempladas uma das principais mudanças do atual Código de Processo Civil, mais precisamente em instâncias superiores de jurisdição – recursal, onde, com o nítido propósito de proporcionar maior segurança e estabilidade às decisões judiciais, serão estudados, com maior profundidade, os precedentes judiciais.

Serão, ainda, melhor abordados os sistemas jurídicos do *common* e *civil law* (e sua potencial convergência), e ainda do *stare decisis*, que lhe servem de fundamentação, inclusive incursionando-se em outras realidades internacionais, com suas peculiaridades culturais, acima de tudo, sem desprezar a necessidade de uma nova leitura a respeito de conceitos fundantes da ciência jurídica, como as fontes jurídicas.

Versando ainda sobre os precedentes judiciais, referido capítulo desta pesquisa tratará de sua natureza (vinculante ou persuasiva), além de sua interpretação e aplicação, além de sua rejeição, distinção e superação, tratando ainda de sua relação com outros instrumentos análogos – súmula, jurisprudência ou ementa.

Por fim, no terceiro (e derradeiro) capítulo, será abordada a sustentabilidade, especialmente sob o viés de sua dimensão social, no âmbito do Estado contemporâneo, o qual demanda uma nova forma de se pensar o controle externo.

Este novo Estado traz consigo uma nova forma de pensá-lo, fazendo com que novas correntes ideológicas (teorias), ainda que em transformação (o que permite uma série de críticas), surjam, como é o caso do(s) Neoconstitucionalismo(s), que também receberá o devido tratamento no último capítulo desta pesquisa.

Na esteira dos mandamentos constitucionais, são capitulados uma série de direitos humanos, agora sob o rótulo de direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, reflexos do Estado Social ou Constitucional Democrático de Direito.

Como consequência, não poderiam deixar de serem tratados, no terceiro capítulo, outros assuntos correlatos e complexos, de grande magnitude para o desenvolvimento da sustentabilidade social, como a garantia do mínimo existencial e a proibição de retrocesso social, a teoria da reserva do possível.

Por fim, culmina-se com o tema da sustentabilidade e suas dimensões, com especial relevo para a sustentabilidade social (ou dimensão social da sustentabilidade) e a importância das ferramentas dos precedentes judiciais que, aliados às atividades de controle externo, podem proporcionar uma maior efetividade dos direitos fundamentais sociais, de forma estável e duradoura, mesmo que em detrimento de escassos recursos públicos econômico-financeiros.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Conclusões, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e/ou no relato, e das fundamentadas contribuições, ainda que iniciais, que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o relevante papel dos precedentes judiciais na alavancagem do controle externo como fermenta de estímulo à prática sustentável da efetividade dos direitos fundamentais sociais..

O Método a ser utilizado na fase de Investigação será o Indutivo; na fase de Tratamento dos Dados será o Método Cartesiano, e, dependendo do resultado das análises, no Relatório da Pesquisa poderá ser empregado outro método que for mais indicado.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial, sem prejuízo de se encontrarem reproduzidas também no texto deste trabalho.

CAPÍTULO 1

2 CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA¹

Inovação da atual Constituição Federal brasileira, o tratamento do tema foi devidamente insculpido em seu Título III, podendo ser conceituada como

[...] a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.²

Na mesma trilha, Tavares leciona o conceito de Administração Pública como “o conjunto das pessoas colectivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a atividade ou função administrativa”³.

E no desenvolvimento de suas atividades a Administração se utiliza de métodos de gestão, que se diversificaram com a evolução do tempo (em que pese se reproduzirem ciclicamente), em quatro principais modelos: Administração Pública Patrimonialista; Administração Pública Burocrática; Nova Gestão Pública⁴; e, por fim, Novo Serviço Público⁵.

Discorrendo acerca do modelo Patrimonialista, Costa⁶ leciona que, em suas origens, referido modelo teve sua gênese nas monarquias absolutistas, onde os patrimônios da realeza e públicos se confundiam, irradiando seus efeitos para os Estados Liberais, nas democracias representativas resultou no clientelismo e fisiologismo e, ainda, chocou-se com

¹ Para efeitos da presente pesquisa, considerar-se-ão Administração Pública e Administração, como sinônimos.

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 295.

³ TAVARES, José. **Administração Pública e direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 21.

⁴ Ou Administração Pública Gerencial.

⁵ ARAÚJO, Thiago Souza. **Um framework para o e-Judiciário estadual baseado na Governança e Gestão do Conhecimento**. 2017. Tese (Doutorado em Engenharia e Gestão do Conhecimento). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC, 2017.

⁶ COSTA, Gustavo Pereira da. **Heranças patrimonialistas, (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do Estado em Rede: Entendendo a configuração atual da Administração Pública Brasileira**. 2012. Tese (Doutorado em Administração). Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro-RJ, 2012.

as demandas da sociedade civil. Persiste no sistema capitalista, ainda que o ambiente possa não ser tão favorável, valendo-se dos interesses privados individuais e/ou de grandes conglomerados empresariais que persistem na apropriação do que é eminentemente público.

Weber arremata que o patrimonialismo (patriarcal) resume-se a uma forma de dominação tradicional, já que

[...] O patrimonialismo patriarcal é a dominação das massas por um indivíduo. Em regra, este precisa de “funcionários”, como órgãos da dominação, enquanto o feudalismo minimiza esta necessidade. O patrimonialismo patriarcal, desde que não se apóie em exércitos patrimoniais recrutados no exterior, depende, em alto grau, da boa vontade dos súditos, dispensável em grande parte para o feudalismo. Contra as aspirações dos estamentos privilegiados, eventualmente perigosos para ele, o patrimonialismo serve-se das massas, que por toda parte são seus partidários indicados. Não o herói, mas o príncipe “bondoso”, é por toda parte o ideal glorificado na lenda das massas. Por isso, o patrimonialismo patriarcal tem que legitimar-se diante de si mesmo e dos súditos como protetor do “bem estar” destes últimos. O “Estado providente” é a lenda do patrimonialismo, que não brota da livre camaradagem baseada no juramento da fidelidade, mas sim de uma relação autoritária entre pai e filhos: o “pai do povo” é o ideal dos Estados patrimoniais.⁷

Posterior ao modelo patrimonialista, tem-se o modelo de Administração Pública Burocrática, desenvolvida embrionariamente em organizações eclesásticas, especialmente após o término da dominação carismática da igreja antiga, de forte viés racional e acentuada organização hierárquica, servindo o direito sacro de modelo e interconexão com o direito profano, verdadeiro guia no caminho à racionalidade⁸.

Amparado em Weber, Costa esquematiza a dominação burocrática através dos seguintes atributos da organização racional-legal: a) a divisão do trabalho; b) a hierarquia; c) a existência de regras gerais de funcionamento; d) a separação entre a propriedade pessoal e organizacional; e ainda, e) a seleção de pessoal com base em qualificações técnicas (meritocracia), sendo estes dois últimos atributos uma resposta contundente ao modelo de gestão pública anteriormente citado⁹.

⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). v. 2. Brasília-DF: Editora da Universidade de Brasília, 2004, p. 321.

⁸ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). v. 2. Brasília-DF: Editora da Universidade de Brasília, 2004, p. 115.

⁹ COSTA, Gustavo Pereira da. **Heranças patrimonialistas, (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do Estado em Rede**: Entendendo a configuração atual da Administração Pública Brasileira. 2012. Tese (Doutorado em Administração). Fundação Getúlio

Somente é possibilitada esta forma de dominação racional-legal através de alguns critérios específicos de procedimentalização, com destaque para: a) regras; b) estatutos; c) regulamentos; d) obediência hierárquica; e) formalidade; e, por último, f) impessoalidade¹⁰.

No Estado brasileiro, segundo a visão de Bresser Pereira, nos idos da década de 90, o modelo de gestão pública da Administração Gerencial teve início com a derrocada do modelo anterior (Burocrático) que tornou-se anacrônico e pesado quando confrontado com a necessidade de eficiência da máquina pública, eis que enquanto perdurava o Estado liberal, basicamente tutor da liberdade de propriedade e contratação privada, referida premissa não era essencial, entretanto, quando do desenvolvimento do Estado social e econômico, na forma como materializado no século XX, impulsionado pelos anseios sociais e derivado do crescimento da própria burocracia, com a ampliação das preocupações e encargos estatais a setores anteriormente não atendidos (como exemplos tem-se a saúde, educação, cultura, previdência e assistência social, pesquisa científica, etc.), o fator eficiência tornou-se crucial sendo que o modelo de gestão burocrática não respondia mais de forma aceitável aos novos desafios que se impunha no cenário pátrio¹¹.

Como o modelo burocrático, além das mazelas acima descritas, não foi suficiente para extirpar alguns aspectos nocivos do modelo predecessor (patrimonialista), tais como o nepotismo e à corrupção ainda fortemente persistentes, nasceu o novo modelo de gestão – Nova Administração Pública ou Administração Pública Gerencial – embalada por uma onda generalista de reformas, não apenas do próprio Estado, mas ainda do mercado e da sociedade civil¹², visando “profissionalizar a máquina administrativa”, orientando-a para o alcance de resultados, atendendo, desta forma, o princípio da eficiência, adentrando em temas como políticas de gestão pública, liderança executiva, desenho de organizações programáticas e

Vargas – FGV, Rio de Janeiro-RJ, 2012.

¹⁰ COSTA, Gustavo Pereira da. **Heranças patrimonialistas, (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do Estado em Rede**: Entendendo a configuração atual da Administração Pública Brasileira. 2012. Tese (Doutorado em Administração). Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro-RJ, 2012.

¹¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Volume 120, Número 1, jan-abril 1996, p. 5. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>, Acesso em: 8 mai. 2017.

¹² REZENDE, Flávio da Cunha. Tendências da gestão pública nos países da OCDE. In: LEVY, Evelyn; DRAGO, Pedro Aníbal (Orgs.). **Gestão Pública no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundap, 2003, p. 29.

operações de governo¹³.

O grande avanço da NAP em relação ao modelo de gestão anterior pode ser atribuído aos princípios do gerencialismo que lhes servem de norte, devidamente adaptados à realidade do setor público, que podem, com esteio em Bresser Pereira, ser analisados da seguinte maneira:

Os principais objetivos da administração pública gerencial são: melhorar as decisões estratégicas do governo e da burocracia; garantir a propriedade e contrato, promovendo um bom funcionamento dos mercados; garantir a autonomia e a capacitação gerencial do administrador público e assegurar a democracia através de serviços públicos orientados para o cidadão-cliente e controlados pela sociedade. Para alcançar esses objetivos, o novo modelo de gestão deveria enfatizar a profissionalização e o uso de práticas de gestão do setor privado.¹⁴

Desviando o foco do mercado e da técnica procedimental, ou seja, de modelos adaptados da iniciativa privada, remanesce, ainda, um último modelo de gestão pública a ser abordado – Novo Serviço Público¹⁵, de cunho mais humanista e democrático, calcado na promoção da dignidade humana e resgatando valores mais caros e intrínsecos à própria Administração, traduzidos pela democracia, cidadania e interesse público¹⁶.

A principal diferenciação entre o NSP e o modelo anterior (NAP ou Administração Pública Gerencial) é que, enquanto aquele tem como principal objetivo a instrumentalização do poder público e a mensuração do melhor desempenho a ser perseguido, o NSP propõe a construção de novos padrões para a relação Estado x sociedade, realçando a importância das dimensões política e institucional da gestão¹⁷, visando o alcance da dimensão sociopolítica para o harmônico desenvolvimento da Administração Pública¹⁸.

¹³ XII Coloquio Internacional de Gestión Universitaria. **Profissionalização da gestão pública: o caso de uma IFES Sul Mineira**. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/97793f>>, Acesso em: 10 mai. 2017.

¹⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania**. A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. 1 ed. Brasília-DF: ENAP/Editora, Ano 34, 1998, p. 529.

¹⁵ DENHARDT, R. B., DENHARDT, J. V. The new public service: serving rather than steering. **Public Administration Review**. Oxford, v. 60, n. 6, p. 549-559, Nov./Dec. 2000.

¹⁶ ALCÂNTARA, Shirley Michelle de. **Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal: uma análise à luz da Teoria do Novo Serviço Público, do Gerencialismo e do Republicanismo**. 2015. Dissertação (Mestrado Profissional). Universidade Federal de Lavras – UFLA, Lavras-MG, 2015.

¹⁷ ANDION, C.. Por uma nova interpretação das mudanças de paradigma na administração pública. **Cadernos EBAPE.BR**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-19, mar. 2012.

¹⁸ PAULA, A. P. P. de. **Por uma nova gestão pública: limites e possibilidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2005.

Talvez a principal virtude deste modelo de gestão possa ser o resgate de dimensões esquecidas, sufocadas por outros modelos, como “*a dignidade humana, a confiança, o sentimento de pertencimento, a preocupação com os outros, o serviço e a cidadania suportado por valores compartilhados e pelo interesse público*”¹⁹.

Estribado no que há de mais contemporâneo em termos de modelos de gestão pública, não descurando que estes, em que pese uma certa ordem cronológica de ascensão, observam constantes e cíclicas reproduções de modelos ultrapassados com outro em pleno exercício, concomitantemente, ainda assim, é imperioso destacar que o Novo Serviço Público e o respectivo resgate de valores fundamentais inerentes ao ser humano e à democracia, especialmente, essenciais ao bom funcionamento da Administração, servirão de referencial para o pleno desenvolvimento da presente pesquisa, devendo as atividades de controle da administração pública neste modelo se basearem para a consecução fiel de suas tarefas.

2.2 CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quando se fala em controle no âmbito da Administração Pública, para fins da presente pesquisa, quer referir-se aos controles financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial capitulados no artigo 70 da Constituição da República Federativa do Brasil, que será exercido tanto de forma interna como externa.

Uma democracia representativa requer, para sua efetividade, um eficaz controle, que se iniciará com a eleição do agente político e investidura de demais agentes públicos, em seus mais diversos escalões, até seus últimos dias no exercício de suas funções, pois controle pode ser entendido como

[...] um ato, ou momento político central de um ciclo mais amplo da representação política, que se inicia no momento eleitoral e se estende durante o mandato do agente político. De um modo geral, espera-se que nas democracias a conduta dos agentes públicos e os resultados de suas políticas sejam passíveis de verificação e sanção permanentes. Assim, políticos eleitos, dirigentes indicados para a alta administração e burocratas de

¹⁹ COSTA, K. C. O.; SALM, J. F. A Percepção do professor estadual como funcionário público: cumpridor de regras, empreendedor ou servidor público? In: Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, Ano 30, 2006, Salvador. **Anais...** Salvador: ANPAD, 2006, p. 6.

carreira e funcionários em geral devem estar sujeitos a mecanismos de verificação e controle de suas ações.²⁰

No que tange ao órgão da Administração Pública que exercerá o múnus da atividade de controle, Guerra discorre que o mesmo poderá se dar de três maneiras distintas: - Controle Administrativo, também conhecido como Controle Executivo, se dá quando referida atividade é exercida diretamente pela própria Administração Pública, influenciado pelos princípios da hierarquia e da autotutela; - Controle Legislativo, aquele exercido pelo Poder Legislativo de qualquer ente federado, podendo se dar de forma direta, ou seja, exercida por seus próprios membros, denominado também de controle político, ou ainda, de forma indireta, também conhecido como controle financeiro, quando auxiliado pelos tribunais de contas; e, por fim, o Controle Judicial, o qual se deterá sobre a legalidade e a moralidade dos atos praticados no âmbito da Administração Pública, ressalvada a apreciação subjetiva desta, o que se conhece como mérito administrativo²¹.

Abordadas, ainda que de forma sucinta, as espécies de controle exercidas sobre as atividades da Administração Pública, no que diz respeito às diretrizes constitucionais da fiscalização contábil, financeira e orçamentária (e também patrimonial), o controle cingir-se-á as formas interna e externa, que serão melhor exploradas nos próximos tópicos.

2.2.1 Controle Interno

O controle interno da Administração Pública pode se dar de duas maneiras principais, ou através do direito à autotutela de suas rotinas e procedimentos ou através de um órgão de controle interno especificamente criado para a nobre função.

O poder de autotutela facultado à Administração Pública, lastreada no que prescreve a Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, dispensa maiores considerações.

²⁰ ARANTES, R. et al. Controles Democráticos sobre a Administração Pública no Brasil. In: LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. **Burocracia e Política no Brasil**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, p. 110.

²¹ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles interno e externo da Administração Pública**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 91/92.

Quanto ao controle interno, Borges²², estribando seus fundamentos na clássica lição de Montesquieu versando sobre a separação dos poderes e a necessidade do estabelecimento de “freios e contrapesos”, faz um recorte do pensamento daquele na ânsia de justificar a necessidade da fiscalização e controle dos atos públicos, já que *“temos a experiência eterna de que todo o homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim será seguindo, até que encontre algum limite. E, quem o diria, até a própria virtude precisa de limites”*.

Almejando a efetivação da preocupação de Montesquieu, o ordenamento jurídico pátrio albergou a necessidade de controle da Administração Pública, que se dará através de dois principais sistemas – controles interno e externo (art. 70 da Constituição Federal).

Como visto alhures, o Controle Interno da Administração Pública tem previsão constitucional e fundamento no princípio da autotutela, podendo ser definido como *“aquele que se realiza em cada um dos órgãos ou entidades do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, sobre seus próprios atos e agentes”*²³.

Mileski²⁴, buscando a conceituação de Controle Interno, o faz sob o enfoque da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, lecionando ser:

[...] aquele efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria administração, sob o comando de um órgão central e, por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atuar de maneira integrada em todos os Poderes do Estado, buscando comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando o seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício das atividades constitucionais.

Já Cruz, discorrendo sobre as atividades de controle, em especial o controle interno, arremata:

O controle caracteriza-se por qualquer atividade de verificação sistemática de um registro, exercida de forma permanente ou periódica, consubstanciada em documento ou outro meio, que expresse uma ação, uma situação, um

²² BORGES, Alice Gonzales. **O Controle jurisdicional da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 192, p. 49-60, abr./jun. 1993.

²³ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 54.

²⁴ MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 160.

resultado, com o objetivo de se verificar se existe conformidade com o padrão estabelecido, ou com o resultado esperado, ou, ainda, com o que determinam a legislação e as normas. Estas atividades, exercidas pelos diversos segmentos da estrutura organizacional, constituem os chamados controles internos.²⁵

Adentrando no sistema de controle interno da Administração Pública, o qual está umbilicalmente ligado, integrado e estruturado em todos os Poderes e órgãos estatais, tem como principais funções o acompanhamento e indicação, em caráter opinativo, preventivo ou corretivo, visando sempre a garantia do atendimento à legislação, a tutela do patrimônio público, a confiabilidade (exatidão e veracidade) das informações financeiras e administrativas, e ainda, o estímulo à implementação das políticas públicas e o cumprimento das metas e objetivos programados²⁶.

Analizando de maneira extremamente sintética, tem-se que uma das últimas e principais tarefas do Controle Interno da Administração Pública seja servir de subsídio, ou apoio, às atividades e funções do Controle Externo como explicita o próprio inciso IV do artigo 74 da Constituição Federal²⁷.

Contudo, na prática se observa uma ineficiência gritante relacionada a esta função, eis que os mesmos são acusados de terem um revestimento apenas formal, limitando-se a confrontar respectivos gastos ao processo administrativo que os desencadearam, não exercendo sua função de controle, fragilizando, desta forma, o controle externo, fazendo que o mesmo seja (quase) sempre feito *a posteriori*, repercutindo, de maneira lastimável, na sociedade que o justifica.

Vistas as funções idealizadas e as mazelas diagnosticadas no que tange ao Controle Interno, o qual não é um fim em si mesmo, mas, antes, um meio de otimização das funções de Controle Externo, passar-se-á a uma abordagem do mesmo.

²⁵ CRUZ, Flávio da; GLOCK, José Osvaldo. **Controle Interno nos municípios: orientação para implantação e relacionamento com os Tribunais de Contas**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

²⁶ DELMONDES, Edna. **A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 15.

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

2.2.2 Controle Externo

Um dos destinatários dos trabalhos desenvolvidos pelo Controle Interno, no âmbito da Administração Pública, o Controle Externo pode ser definido como “*aquele realizado por órgão que não pertença à estrutura do poder no qual o controle é realizado*”, podendo ser exercido através do controle: a) parlamentar direto; b) exercido pelos tribunais de contas; ou do c) controle judicial²⁸, comungando deste raciocínio Bandeira de Melo²⁹.

O controle parlamentar direto pode ser entendido como

[...] o controle de que dispõe o Parlamento para a verificação de que as políticas públicas definidas por essa instituição estão sendo seguidas em suas diretrizes pelos executores, como constantes no plano geral de governo. É o controle indireto da sociedade, exercido pelos representantes eleitos pelo povo sobre os atos dos administradores públicos, eleitos ou não, e visa à preservação dos valores democráticos e dos interesses da sociedade.

Já o controle exercido pelos tribunais de contas, não se olvidando que o titular do controle externo, em todas as esferas (União, Estados membros e Municípios), é o Poder Legislativo, é feito de maneira auxiliar, conforme preconizam os artigos 31, § 1º, e 71 da Constituição Federal³⁰, com replicações nas cartas magnas estaduais e em leis orgânicas municipais.

Agora, uma questão que se impõe é o desdobramento do termo auxiliar, retirado do texto constitucional.

Há controvérsias na doutrina quanto as consequências deste termo, se há uma relação hierárquica entre um órgão superior (Poder Legislativo) e um órgão hierarquicamente inferior (supostamente os tribunais de contas), ou se preserva a independência de ambas as instâncias.

Visando dirimir esta controvérsia, Meirelles já consignava que

²⁸ AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; Prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 141.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 827.

³⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

Órgãos independentes são os originários da Constituição e representativos dos Poderes de Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – colocados no ápice da pirâmide governamental, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional, e só sujeitos aos controles constitucionais de um Poder pelo outro. Por isso, são também chamados órgãos primários do Estado. Esses órgãos detêm e exercem precipuamente as funções políticas, judiciais e quase-judiciais outorgadas diretamente pela Constituição, para serem desempenhadas pessoalmente por seus membros (agentes políticos, distintos de seus servidores, que são agentes administrativos), segundo normas especiais e regimentais.

Nessa categoria encontram-se as Corporações legislativas (Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Assembleias Legislativas, Câmara dos Vereadores), as Chefias de Executivo (Presidência da República, Governadorias dos Estados e do Distrito Federal, Prefeituras Municipais), os Tribunais Judiciários e os Juízes singulares (Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores Federais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados-membros, Tribunais do Juri e Varas das Justiças Comum e Especial). De se incluir, ainda, nesta classe o Ministério Público federal e estadual e os Tribunais de Contas da União, dos Estados-membros e Municípios, os quais, embora não sejam órgãos representativos dos Poderes a que pertencem, são funcionalmente independentes e seus membros integram a categoria dos agentes políticos, inconfundíveis com os funcionários das respectivas instituições³¹.

Como magnificamente colocado acima, os tribunais de contas, em que pese sua função de auxiliar no controle externo cuja titularidade é do Poder Legislativo, a este não se subordina hierarquicamente, eis que órgão autônomo e independente na estrutura administrativa brasileira.

Por fim, em apertada síntese, tem-se um último tipo de controle externo diagnosticado pela doutrina correspondente ao controle jurisdicional.

O controle jurisdicional não é limitado à determinadas situações ou casos concretos, mas abrangente, na esteira do que preconiza o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual informa que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*³².

Todavia, este tipo de controle externo é diverso de seus antecessores, contado com certas peculiaridades que o distingue dos demais, estribado nas seguintes razões:

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 71-72.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

Nesse, caso o Poder Executivo realize algum ato administrativo que esteja eivado de ilegalidade, poderá o Poder Judiciário anulá-lo. Assim sendo, está presente um controle externo típico, pois um poder poderá anular ato produzido por outro Poder.

Importante salientar que o controle judicial não pode ser realizado de forma ampla e irrestrita. Somente os aspectos ligados à legalidade do ato administrativo podem ser levados ao crivo do Poder Judiciário, sendo-lhe vedada a apreciação de aspectos relacionados à conveniência e à oportunidade, porque esses serão inerentes ao mérito do ato administrativo.

Não se pode olvidar, contudo, que o Poder Judiciário não pode agir de ofício, devendo, sempre, ser provocado. Dessa maneira, a anulação do ato vai depender da atuação de outro agente. Essa provocação poderá ser feita pela sociedade, caso em que se terá o chamado controle social, ou por intermédio do Ministério Público. Assim, tem-se que o controle jurisdicional não é apenas realizado pelo Poder Judiciário, porquanto é necessária a presença de outros atores para tanto³³.

Além dos tipos de controle externo declinados acima (Parlamentar Direto, pelo Tribunal de Contas ou o Jurisdicional), há forte tendência em se acrescentar uma outra modalidade de controle externo – o controle social.

E controle social pode ser conceituado como aquele que *“é exercido pelo cidadão diretamente ou pela sociedade civil organizada e se enquadra como modalidade de controle externo, porquanto o controle é realizado por alguém que não se encontra inserido na estrutura do órgão regulador”*, servindo o exercício deste tipo de controle, por seus titulares, como um termômetro do desenvolvimento social de uma sociedade³⁴.

Importante ressaltar que, em relação ao controle social, espécie de controle público, muitos dos tribunais de contas, no atual modelo constitucional, visando propiciar melhores mecanismos de interação entre a sociedade e estes órgãos de controle, criaram em suas estruturas Ouvidorias (*Ombudsman*), facilitando a participação popular, subsidiando novos acessos e respostas mais qualificadas e ágeis por parte daqueles colegiados³⁵.

Vencidas estas primeiras considerações sobre o controle externo e, principalmente, o papel fundamental deste no desenvolvimento harmônico da Administração Pública e, com

³³ AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; Prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 151.

³⁴ AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; Prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 151.

³⁵ DELMONDES, Edna. **A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 30-31.

isto, a melhoria das condições de vida do cidadão, proporcionando um melhor desenvolvimento social, importante aprofundar o papel fundamental exercido pelos tribunais de contas na área do controle externo, impulsionando os governantes ou gestores públicos a desencadear uma série de ações visando ao atendimento do interesse público.

2.2.2.1 Controle externo exercido pelos tribunais de contas

Assim como todo empreendimento humano, o controle externo também é relevantemente dinâmico e sensível aos novos paradigmas da era da informação e o advento da globalização (ou globalizações), sofrendo intensas modificações, o que levou a alguns estudiosos do assunto, bem como parlamentares federais, sob o argumento de modernização do controle externo em território brasileiro a proporem, inclusive, a própria extinção dos modelos dos tribunais de contas, materializados na atualidade e adotados desde a Constituição Federal de 1988³⁶.

Delmondes³⁷ arremata que, no desempenho de seu papel constitucional, os tribunais de contas, desempenham funções I) “quase administrativas” (cuja ocorrência se dá, por exemplo, quando estes apreciam, para fins de registro, atos de admissão, demissão, concessão de aposentadoria, reformas ou pensões, onde se confunde com a própria Administração Pública analisada); II) “auxiliar do Legislativo” (tarefas desempenhadas pelos tribunais de contas em decorrência de demandas do próprio Poder Legislativo, ou ainda, emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo do ente federado em questão, servindo os frutos destes trabalhos como subsídio de posterior apreciação e decisão daquele Poder); e III) Judicante (esta última quando as cortes de contas, no exercício de sua jurisdição (administrativa), julgam as contas dos responsáveis por recursos públicos, guardando correspondência com o modelo adotado pelo Poder Judiciário, onde são ofertados o contraditório e ampla defesa, com todos os recursos a eles inerente, inclusive com o estabelecimento de prazos para o cumprimento ou insurgência de suas decisões).

³⁶ DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. **O Controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos. As Organizações sociais**. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2000, p. 19-21.

³⁷ DELMONDES, Edna. **A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 29-31.

Em que pese, ser órgão responsável pelo auxílio ao Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública, suas funções constitucionais com este não se confundem, eis que não possuem capacidade legiferante, levando Justen Filho a lecionar que

Sob o ponto de vista das atribuições, as funções desempenhadas pelo Tribunal de Contas não podem dizer-se propriamente de natureza legislativa.

O Tribunal de Contas não é titular de competência para produzir normas jurídicas autônomas. A função primordial do Tribunal de Contas não é editar normas gerais e abstratas, destinadas a regular a conduta daqueles que administram recursos públicos. Ou seja, o Tribunal de Contas não é órgão dotado de poderes legiferantes³⁸.

Sobre o assunto, ímpar é o posicionamento de Britto, *in verbis*:

Diga-se mais: além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro *status* normativo da autonomia. Donde o acréscimo de ideia que estou a fazer: quando a Constituição diz que o Congresso Nacional exercerá o controle externo ‘*com o auxílio do Tribunal de Contas da União*’ (art. 71), tenho como certo que está a falar de auxílio do mesmo modo como a Constituição fala do Ministério Público perante o Poder Judiciário. Quero dizer: não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público. Senão com a obrigatória participação ou o compulsório auxílio do Ministério Público. Uma só função (a jurisdicional), com dois diferenciados órgãos a servi-la. Sem que se possa falar de superioridade de um perante o outro³⁹.

Suas principais atribuições, em nível federal, encontram-se elencadas no artigo 71 da Constituição Federal, sendo extensivas, em decorrência do princípio da simetria, às cortes de contas estaduais e municipais (as que houverem), por força da prescrição legal contida no artigo 75 do mesmo diploma legal⁴⁰.

Ainda, no que tange a sua natureza jurídica, interessante regressar-se no tempo, até sua origem em território brasileiro, no ano de 1890, para que reste cabalmente demonstrado que a imprecisão de sua caracterização teve seu nascedouro desde sua origem, eis que, conforme o próprio Rui Barbosa, ministro da Fazenda à época, o tribunal de contas seria

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 153.

³⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, ed. 3, 2002. Belo Horizonte: ano XX.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

[...] um corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, não pertencendo, portanto, nem a uma, nem a outra, mas colocado em posição autônoma, com atribuição de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças⁴¹.

Corroborando a controvérsia e imprecisão de sua natureza jurídica, tem-se diagnosticado, em consonância com a teoria da separação dos poderes, três posicionamentos distintos: a) o primeiro ligando-o ao Poder Judiciário, eis que segundo esta corrente, as decisões emanadas pelos órgãos de controle se assemelhariam as decisões judiciais e, ainda, os seus membros estariam equiparados aos membros da magistratura, viabilizando sua autonomia e independência, sendo referida corrente capitaneada por José Luiz de Anhaia Mello, com o reforço posterior de Victor Nunes Leal; b) o segundo posicionamento atrela os tribunais de contas ao Poder Executivo, de procedência mais ditatorial, já que nesta época era bem comum o controle da Administração Pública ser exercido pela própria Fazenda Pública; c) por fim, como terceiro posicionamento, tem-se o que vincula os tribunais de contas ao Poder Legislativo, cujo um dos precursores deste posicionamento seria Michel Temer, reduzindo os tribunais de contas à, meramente, órgãos auxiliares do Legislativo, sendo que em muitos países de mesma corrente, as cortes de contas não seriam mais que um departamento de auditoria do Parlamento, constituindo mera assessoria daquele, desprovido de qualquer autonomia⁴².

Outro ponto que merece destaque é que gozam os tribunais de contas de autonomia administrativa, financeira e orçamentária, a teor do que prescrevem os artigos 73, 96 e 168 da Constituição Federal⁴³, permitindo a criação e manutenção de quadro próprio de pessoal, independência financeira (orçamento próprio) e autonomia para reger seu funcionamento, sendo de iniciativa privativa destes a edição de projetos de lei que tratem de remuneração e outras rubricas financeiras relacionadas ao seu pessoal⁴⁴.

Visto, ainda que de forma sucinta, a natureza jurídica, atribuições e outras características intrínsecas aos tribunais de contas, no próximo tópico será abordado sua origem e evolução histórica, desde os seus primórdios até ao período contemporâneo (Estado

⁴¹ SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A Força das decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 7-8.

⁴² DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 101-103.

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

⁴⁴ AGUIAR, Afonso Gomes; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na ordem constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 122-124.

Democrático – ou Constitucional – de Direito).

2.2.2.2 *Evolução histórica*

Através de uma breve retrospectiva histórico-constitucional é possível visualizar-se o tratamento dispensado às cortes de contas no território brasileiro.

A primeira constituição brasileira, a de 1824, ainda no período imperial, mesmo que já tratando de normas de administração financeira, nada discorreu sobre os tribunais de contas⁴⁵.

Com o advento da República, por meio da emissão do Decreto n. 966-A, de 7 de novembro de 1890, de iniciativa do então Ministro Ruy Barbosa, que idealizou um Tribunal de Contas nos moldes do já existente em território italiano, com a principal incumbência da análise prévia da legalidade das despesas, foi enfim, criada a estrutura deste modelo de controle externo, capitaneado pelos tribunais de contas⁴⁶.

Em que pese à criação do Tribunal de Contas por aquela norma legal, por sua falta de executoriedade, sua instituição somente se deu com a edição de novo decreto no ano de 1892 – Decreto n. 1.166, de 17 de dezembro de 1892⁴⁷.

Visando aprimorar e efetivamente colocar em prática o idealizado por Ruy Barbosa, a respeito da análise prévia das despesas públicas, proporcionando mecanismos que garantam referida atividade, foi o tratamento dispensado pela Constituição de 1934⁴⁸.

Na Constituição de 1937 o tema regrediu, eis que, além de nada acrescentar em relação a constituição pretérita, por força do período ditatorial que grassava o país, fora suprimida a função de registro prévio dos atos administrativos que importassem em despesa⁴⁹.

Em confronto com a constituição anterior, a Constituição de 1946, além de

⁴⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 15.

⁴⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 18.

⁴⁷ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 24.

⁴⁸ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 19.

⁴⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 20.

preservar funções como a emissão de parecer prévio das contas do governo, acrescentou as tarefas relativas ao acompanhamento e fiscalização da execução do orçamento; julgamento das contas de responsáveis por dinheiros e bens públicos e dos administradores das entidades autárquicas; e ainda, do julgamento da legalidade dos contratos, aposentadorias, reformas e pensões⁵⁰.

Com o advento da nova carta constitucional – 1967, houve progresso relevante condizente à possibilidade de assinatura de prazo, bem como sustação da execução de ato administrativo, vedado referido procedimento em relação estritamente aos contratos da Administração Pública⁵¹.

Mesmo que diante de um período do cenário nacional extremamente conturbado, a Emenda Constitucional n. 1/1969 trouxe contribuição relevante, ao prever a criação de tribunais de contas estaduais e municipais⁵².

O grande marco, até o presente momento, a Constituição de 1988 abrangeu todas as esferas administrativas (União, Estados, Municípios e ainda o Distrito Federal), incluídos todos os órgãos estatais, no que tange ao controle externo desenvolvido por parte dos tribunais de contas, passando estes a gozar, como dito antes, de autonomia, tanto administrativa como financeira, indispensáveis ao fiel cumprimento de sua missão⁵³.

Discorrendo sobre as atuais competências do Tribunal de Contas da União, angariadas pela atual carta magna, Campelo informa que

[...] o Tribunal de Contas da União é hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, o ente máximo de auxílio ao Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública federal. Autônomo, a ele compete fiscalizar a totalidade das atividades desenvolvidas pelo poder público, o que leva a verificar a contabilidade de receitas e despesas, a execução orçamentária, os resultados operacionais e as variações patrimoniais do Estado, sob os aspectos de legalidade, compatibilidade com o interesse público, economia, eficiência, eficácia e efetividade.⁵⁴

Com o seu desenvolvimento no tempo (em que pese a relativa brevidade de sua

⁵⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 20-21.

⁵¹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 22.

⁵² DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 23-25.

⁵³ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 41-47.

⁵⁴ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 24-25.

instituição) e nas legislações constitucionais subsequentes houve, da mesma forma, um alargamento de suas funções e análises, agora não mais restritas exclusivamente ao mero conceito de legalidade:

Portanto, neste pouco mais de um século, contados de sua criação, verifica-se entre idas e vindas que o Tribunal de Contas granjeou um significativo alargamento em sua missão, passando, em 1988, com a edição do texto constitucional atual, a não mais exercer o controle contábil, financeiro e orçamentário exclusivamente sob a ótica da legalidade. Conferiu-se, sim, à Corte de Contas competência para fiscalizar aspectos operacionais e patrimoniais, inclusive no tocante à legitimidade e à economicidade das despesas realizadas.

Dessa forma, a instituição Tribunal de Contas é atualmente, no ordenamento jurídico pátrio, o organismo máximo de auxílio ao Poder Legislativo no exercício do controle externo da Administração Pública. Autônomo e independente, a ele compete fiscalizar a totalidade das atividades realizadas pelo Poder Público, o que o leva a verificar a contabilidade de receitas e despesas, a execução orçamentária, os resultados operacionais e as variações patrimoniais do Estado, sob os aspectos da legalidade, compatibilidade com o interesse público, economia, eficiência, eficácia e efetividade.⁵⁵

Este o breve retrospecto histórico acerca do desenvolvimento dos tribunais de contas no território brasileiro, entretanto, como o modelo brasileiro, em certos momentos, especialmente em sua gênese, inspirou-se em modelos internacionais, passar-se-á, ainda que de maneira extremamente sintética, a uma análise do direito comparado em matéria de controle externo, buscando maiores subsídios de como respectiva atividade se desenvolveu no mundo, seja através do modelo de tribunais de contas ou de outra espécie de instituição de controle.

2.2.2.3 Análise das entidades de controle externo em outros países

Abstraindo a realidade nacional, em outras realidades pátrias o desenvolvimento da matéria – órgãos responsáveis pelo controle externo – se deu sob a forma de Tribunais de Contas ou, ainda, sob a forma de Controladorias ou Auditorias Gerais, sendo o primeiro modelo verificado em países de influência portuguesa e o segundo, em países de tradição

⁵⁵ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 24-25.

inglesa⁵⁶.

Neste mesmo sentido, Manrique Eguren informa que⁵⁷

En la mayoría de los países, el control externo se realiza, desde el punto de vista político, por el Parlamento, y desde el punto de vista técnico, por entidades específicamente destinadas a tal finalidad, que pueden ser de estructura unipersonal o pluripersonal, y que en algunos casos se denominan Tribunales o Cortes de Cuentas y en otros Controladorías o Auditorías Generales.⁵⁸

Preliminarmente, no âmbito do Mercosul (Mercado Comum Sul-Americano), o modelo adotado no Brasil – Tribunais de Contas – só é reproduzido no Uruguai, tendo o Paraguai adotado o modelo de controladoria e a Argentina, um modelo misto, apresentando no âmbito federal o modelo de controladoria e em suas províncias o modelo de tribunais de contas⁵⁹.

No continente europeu a diversidade verificada no âmbito da América Latina também lá se materializou.

Na Itália tem-se o mesmo modelo de controle externo da Administração Pública adotado no Brasil, ou seja, o modelo dos tribunais de contas, compreendendo em sua estrutura magistrados e agentes administrativos. As tarefas por estes desempenhadas restringe-se às funções de controle, jurisdição (em matérias versando sobre contabilidade pública e pensões) e administrativas⁶⁰.

Na França, também de mesmo modelo de controle externo, o Tribunal de Contas realiza um controle financeiro *a posteriori* das contas e dos recursos públicos, sendo a principal jurisdição administrativa do país. Porém, não é a única ferramenta de controle

⁵⁶ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 63.

⁵⁷ “Na maioria dos países, o controle externo é realizado, a partir do ponto de vista político, pelo Parlamento, e do ponto de vista técnico, por entidades especificamente destinados a essa finalidade, que pode ser de estrutura individual ou pluripersonal, e que em alguns casos são referidos Tribunais ou Cortes de Contas e outros Controladorias ou Auditorias Gerais” (tradução livre).

⁵⁸ EGUREN, Manrique. **El Tribunal de Cuentas**. Montevideo: Tribunal de Cuentas de la República, 2009, p. 15.

⁵⁹ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 64.

⁶⁰ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 24.

financeiro externo, contando também com a Corte de Disciplina Orçamentária, esta de caráter jurisdicional propriamente dito, cujas decisões podem ser submetidas ao reexame por parte do Conselho de Estado⁶¹.

Em Portugal, de mesmo modelo dos outros países aqui mencionados, o Tribunal de Contas integra o Poder Judiciário, pois incluído entre os demais tribunais pela Constituição de 1976⁶², sendo que de suas decisões cabem recursos ao Tribunal Constitucional, instância máxima de Justiça, denotando, taxativamente, a sua real e efetiva jurisdição⁶³.

O Tribunal de Contas, também recepcionado na Espanha, não é órgão jurisdicional, estando atrelado à matérias constitucionais relativas à Economia e Finanças, sendo, segundo a constituição daquele país, dependente direto do Parlamento⁶⁴.

Na Alemanha, assim como no Brasil, o sistema adotado também é de tribunais de contas, havendo um responsável pela Federação e mais dezesseis responsáveis por cada estado federado, não havendo relação de hierarquia entre estes, da mesma forma que se visualiza no cenário pátrio⁶⁵.

Em território austríaco, também um estado federado, tem-se que, em oito dos nove estados membros, adotaram o sistema de controle a ser exercido por tribunais de contas, constituídos como órgãos do Poder Legislativo, com exceção de Viena, que devido a sua peculiaridade (por ser a capital federal, tem a posição tanto de estado federado como de entidade municipal), conta com uma Oficina de Controle, está inserida como parte organizativa da Administração regional e local⁶⁶.

Na Suíça, país também de natureza federal, composto por vinte cantões e seis

⁶¹ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 67-68.

⁶² COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 32-33.

⁶³ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 69-70.

⁶⁴ COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 34.

⁶⁵ Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público (EURORAI). **Las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público en Europa**. 2 edición revisada y ampliada. Valência: EURORAI, 2007, p. 3.

⁶⁶ Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público (EURORAI). **Las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público en Europa**. 2 edición revisada y ampliada. Valência: EURORAI, 2007, p. 15.

semicantões, distanciando-se das federações tradicionais por serem aqueles dotados de maior autonomia, os órgãos de controle, conhecidos como Controles de Finanças (FKG), são definidos por decreto legislativo (parlamentário) ou pela lei (grande maioria) – “Lei de Pressuposto Financeiro (FHG)”. Todos os órgãos de controle suíços gozam de independência técnica e, em sua maioria, apoiam tanto os Poder Legislativo como o Executivo dos cantões, sendo que no âmbito do Poder Legislativo, em certas ocasiões, assumem o secretariado das comissões que se ocupam da supervisão financeira e, apoiam o Poder Executivo através da inspeção hierárquica sobre a Administração⁶⁷.

Por fim, na Inglaterra tem-se um outro modelo de controle externo, também adotado pelos Estados Unidos, também conhecido como especial, se faz por intermédio de auditoria, levada a efeito por apenas um funcionário, que na Inglaterra é denominado de fiscalizador geral, com independência em relação aos órgãos controlados, exercendo controle preventivo e posterior, sendo que em ambos os países são assegurados aos seus membros as garantias da magistratura⁶⁸.

Estas seriam as realidades vivenciadas por diversos países espalhados pelo mundo, sendo levemente superior o modelo de controle externo que contemplem os tribunais de contas em relação aos modelos de controladoria, todavia, a necessidade de implementação de direitos fundamentais sociais, de maneira sustentável, por parte da Administração Pública.

Apreendida, de forma um pouco mais aprofundada, a realidade vivenciada pelo Controle Externo da Administração Pública, levada a efeito, especialmente, por um de seus órgãos responsáveis – Tribunais de Contas, passar-se-á, no próximo tópico, a análise de um tipo específico de norma – princípios, que auxilia na regência da própria Administração Pública, desde os princípios mais arraigados a sua estrutura, como o da Legalidade, até os mais recentes que, com a evolução do Estado, ajudam, se não a construir um mundo melhor, ao menos lançam fundamentos sobre o tipo de sociedade que buscamos, razão de ser do próprio Estado.

⁶⁷ Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público (EURORAI). **Las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público en Europa**. 2 edición revisada y ampliada. Valência: EURORAI, 2007, p. 127/128.

⁶⁸ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 70-71.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apreendidos o conceito básico de Administração Pública, bem como os modelos de gestão pública aplicados no cenário nacional, com especial relevo ao atual – Novo Serviço Público – e ainda um panorama geral a respeito da atividade de controle da atividade pública, imprescindível uma análise mais detida a respeito de sua fundamentação jurídica de base, representada por seus princípios nucleares.

O Direito, assim como qualquer outra ciência, reclama seu balizamento por proposições que lhe confira coerência e unidade sistemática (princípios), preenchendo a lacuna necessária para que um conjunto integrado de conhecimentos possa ser considerado científico⁶⁹.

Princípios, sob o ponto de vista jurídico, podem ser definidos como

[...] princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. Os princípios não descrevem um objeto em sentido amplo (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), mas, em vez disso, estabelecem um estado ideal de coisas, que deve ser promovido.⁷⁰

Não há que se olvidar a influência que os princípios exercem sobre a produção das normas jurídicas, balizando seu conteúdo, denotando sua extrema importância na formulação de normas tanto gerais como individuais:

[...] Então a produção de normas jurídicas gerais e individuais é influenciada por princípios da Moral, Política e Costume, que são dirigidos às autoridades que produzem o Direito e exigem um conteúdo determinado para as normas jurídicas a serem produzidas.⁷¹

No âmbito do Estado reacende o intenso debate entre convicções morais de um indivíduo ou determinada coletividade e decisões políticas pretéritas, entre conceitos como

⁶⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 265-266.

⁷⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 80.

⁷¹ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 146.

direito e justiça, eis que

O direito é também diferente da justiça. A justiça é uma questão que remete à melhor (ou mais correta) teoria do que é justo moral e politicamente, e a concepção de justiça de uma pessoa é a sua teoria, imposta por suas próprias convicções sobre a verdadeira natureza dessa justiça. O direito é uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado, por estarem incluídos em decisões políticas do passado, ou nelas implícitos.⁷²

Umbilicalmente ligados ao estudo das normas de direitos fundamentais, servindo-lhe de estrutura, os princípios devem ser devidamente caracterizados, sendo de vital importância sua correta diferenciação em relação às regras, ambas normas do ordenamento jurídico, o que servirá de marco a uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais, e ainda, servirá de referencial para o diagnóstico da possibilidade e limites da racionalidade em matéria de direitos fundamentais⁷³.

Alexy continua sua explanação lecionando que existem várias perspectivas, ou critérios, de distinção (como exemplos teríamos o da determinabilidade dos casos de aplicação, forma de criação/nascimento da norma, caráter do conteúdo valorativo, referência a ideia de direito ou a uma lei suprema, ainda, importância da norma em relação ao ordenamento jurídico), porém, em sua opinião, o mais utilizado seria o da generalidade, ou seja, o da amplitude da norma jurídica. Enquanto as regras teriam um grau de generalidade baixo, os princípios teriam um alto grau, alcançando um maior número de situações em decorrência de sua maior abstratividade. Algumas teses ainda explicariam sua diferenciação, sendo para Alexy uma das principais a que se manifesta no sentido de apresentar uma diferenciação qualitativa, ou seja, princípios seriam mandados de otimização, passíveis de gradação, materializada na medida do possível dentro das condições jurídicas e reais existentes, enquanto as regras seriam ou não cumpridas, de maneira extremamente objetiva⁷⁴.

Uma outra diferenciação entre princípios e regras (ou leis) pode ser vista sob o ponto de vista gnosiológico, partindo-se da compreensão que

⁷² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 122.

⁷³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81-82.

⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 82-87.

[...] os princípios são proposições abstratas de segundo grau, como abstrações inferidas das leis, que, por sua vez, são proposições abstratas de primeiro grau, porque se deduzem diretamente dos fatos para evidenciar alguma invariância, que os possa distinguir.⁷⁵

Vistos de uma maneira introdutória, não negligenciando sua complexidade, inegável a importância dos princípios como norma, todavia, pela vastidão de suas possibilidades, centrar-se-á a presente pesquisa em alguns exemplares ligados ao âmbito da administração pública, a se iniciar pelo princípio da legalidade, porém, visto sob uma ótica mais contemporânea.

2.3.1 Princípio da Legalidade

Não há que se olvidar que o princípio da legalidade se refere a um dos pontos fundamentais do Estado de Direito, irradiando seus efeitos sobre todos os cidadãos sediados em nosso território, assim como sobre a Administração, com fulcro no que prescrevem o inciso II do art. 5º e *caput* do art. 37, ambos da CRFB.

Quando confrontado com o valor liberdade, tem-se que o cumprimento dos pressupostos definidos em lei sofre diferentes temperamentos para a sociedade civil e para o Estado:

Se, por isso, no Direito Privado, prevalece o princípio da liberdade, que é o respeito à autonomia da vontade individual, atuando a lei e o Direito como limites de ação, no Direito Público, ao revés, não existe qualquer liberdade no agir do Estado, atuando, a lei e o Direito, como seu único e próprio fundamento da ação.⁷⁶

No mesmo sentido, discorrendo sobre os reflexos da aplicação do princípio da legalidade sobre a Administração Pública, Moraes leciona que

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei

⁷⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 266.

⁷⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 276.

e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo o que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica.⁷⁷

Sob o impacto do constitucionalismo, tem-se que a lei passa a ser limitada pelos ditames constitucionais, deixando de ter legitimação meramente formal, para estar umbilicalmente ligada aos direitos positivados na Constituição, ou seja, *“o princípio da legalidade liga-se ao conteúdo da lei, ou melhor, à conformação da lei com os direitos fundamentais”*, já que *“antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se agora exato afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais”*⁷⁸.

Não remanesce qualquer dúvida a respeito do balizamento da Administração pelo princípio da legalidade, porém, imperioso destacar que este é instrumentalizado pela lei em sentido estrito, bem como por outras “espécies”, que sofreram impactantes transformações com o advento do constitucionalismo, e ainda, com as modificações a respeito das fontes de direito (que será melhor debatido em item específico) trazidas no bojo da atual norma instrumental civil brasileira (novo Código de Processo Civil).

2.3.2 Princípio da Efetividade

Além da ampliação do conceito de legalidade, perpassando o estudo das fontes de Direito (tema melhor detalhado em item próprio) e a abrangência de novos instrumentos “legais”, o Estado contemporâneo, necessita de resultados que atendam a expectativa da sociedade que o justifica. Em outras palavras, urge atentar-se para o que proclama a Efetividade.

Para que se possa falar sobre Efetividade, se faz necessário, preliminarmente, tratar-se de temas congêneres – Eficácia e Eficiência, socorrendo-se de ensinamentos

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 296.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53

propostos pela Ciência da Administração:

[...] eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos neste processo. [...] A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível [...].⁷⁹

Como visto, eficiência e eficácia podem ser entendidas como parâmetros de mensuração de resultados de determinado empreendimento, a primeira voltada ao aspecto intrínseco das tarefas (como melhor fazê-las), e a segunda, ao resultado (externo) das mesmas, ou seja, fazendo a coisa certa (eficácia) da melhor maneira possível (eficiência).

Já Efetividade estaria relacionada a materialização dos pressupostos teóricos legais, correspondendo ao reforço do vínculo entre o “dever-ser” normativo e o “ser da realidade social”. Efetividade, desta feita, pode ser traduzida pela concretização da função social do Direito⁸⁰.

Muito se tem propagado em termos da suposta importância e relevância do termo Eficiência para o desenvolvimento do Estado, especialmente sob a ótica (neo)liberal, contudo é preciso consignar a diferenciação entre este e Efetividade, tendo neste último o grande referencial para o desenvolvimento social:

O problema – e é aqui que se encontra a chicana deste câmbio –, é que grande parte da sociedade sempre pensou, com a expressão eficiência, estar falando em efetividade estatal, no sentido de efetividade social, de melhoria da qualidade e ampliação dos serviços públicos, de garantia e implementação de Direitos Fundamentais. E o propósito da ideologia individualista que sustenta o paradigma da ação eficiente é exatamente o contrário: é nos legar um Estado mínimo, sonegador de direitos e garantias! Com esta inversão linguística, esse verdadeiro golpe de cena, os neoliberais, apropriando-se das estratégias de marketing dos oficiais nazistas, fazem com que todos queiram e peçam o que realmente não querem. Como bem explica Coutinho, “o câmbio, aqui, não é mero jogo retórico. Paulatinamente incorporado ao cotidiano, projeta-se como um raio no fundamento ético da sociedade”.⁸¹

Portanto, resta claro que a busca pela melhoria da qualidade e ampliação dos

⁷⁹ CHIAVENATTO, Idalberto. **Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 70.

⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 220.

⁸¹ MARCELINO JÚNIOR, Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus Editora, 2009, p. 188.

serviços públicos, e ainda, da garantia e implementação de Direitos Fundamentais, especialmente os sociais, reclamará uma análise mais detida da efetividade das políticas públicas e ações governamentais desenvolvidas pelo Estado.

2.3.3 Princípio da Segurança Jurídica

Peixoto⁸², amparado na dicotomia acerca da possibilidade, ou não, do verdadeiro alcance da estabilidade e previsão do ordenamento jurídico (segurança jurídica), levadas a efeito, de um lado por Jerome Frank, que entendia ser utópico o conceito de segurança jurídica ante a complexa e criativa atividade interpretativa desempenhada por magistrados ao apreciarem o caso concreto, causando uma propagação desordenada de normas jurídicas (entendidas como conceito diverso de texto legal), em detrimento de Norberto Bobbio, que se manifesta em sentido diametralmente oposto, entendendo ser a segurança jurídica componente essencial do direito, já que inexistirá, em sua concepção, um ordenamento jurídico que não possa legar um mínimo de certeza, adere a esta segunda corrente, capitaneada por Bobbio:

A ausência de certeza não implica, de forma alguma, um sistema completamente caótico. Entre a certeza e caos existe uma enorme gama de camadas que podem existir e, em algum lugar, está a moderna concepção da segurança jurídica.⁸³

Entendendo a segurança jurídica como fator indispensável para a concretização do próprio Estado de Direito, Marinoni leciona que esta pode ser “*vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta*”⁸⁴.

Outro princípio ligado a administração pública do Estado contemporâneo, encampado pelo modelo de gestão do NSP, diz respeito ao elevado princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deverá ser avaliado em conjunto com os outros aqui elencados.

⁸² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 38-41.

⁸³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 42.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

2.3.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A complexidade do ser humano, representado por suas igualdades e diferenças, igualdade propiciando facilidade na compreensão mútua e de seus ancestrais, bem como na capacidade de previsão das necessidades das gerações futuras, enquanto diferenças no sentido da necessidade de socorrer-se do discurso ou da ação para fazer-se entender. A pluralidade humana, portanto, vale-se deste duplo aspecto: igualdade e diferença, é a paradoxal pluralidade de seres singulares⁸⁵.

Bodin de Moraes, imiscuindo-se nas profundidades da natureza humana e na raiz do termo dignidade, leciona que

Para distinguir os seres humanos diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignus* é “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”: diz-se que sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, tão só à espécie humana como um todo, sem que tivesse havido qualquer personificação. [...] ⁸⁶

O ser humano jamais poderá servir de meio para atingir qualquer outra finalidade, eis que sempre deverá ser considerado como um fim em si mesmo. A atividade legislativa terá, inexoravelmente, de visar a espécie humana. “*O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade da dignidade humana. É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro*” ⁸⁷.

Na esteira do pensamento de Sarlet, diante da complexidade terminológica, a dignidade da pessoa humana pode ser justificada pelo seu caráter multidimensional, albergada por suas dimensões ontológica e histórico-cultural, além das duplas dimensões negativa e prestacional, e ainda, objetiva e subjetiva, desencadeando em sua condição de princípio e

⁸⁵ ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188.

⁸⁶ MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 115.

⁸⁷ MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 117.

norma embasadora de direitos fundamentais⁸⁸.

Neste sentido, Dignidade, para o autor, pode ser conceituada, juridicamente, como

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁹

Por sua extrema importância no ordenamento jurídico pátrio, o tema aqui tratado tem assento constitucional, elencado entre um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CRFB)⁹⁰.

A dignidade da pessoa humana (princípio) se solidifica e manifesta em outros princípios, que a justificam juridicamente, a iniciar pelo Princípio da Igualdade (formal e substancial), sem descuidar da diferença inerente a cada exemplar da espécie humana, servindo de valioso subsídio para a solução dos chamados *hard cases*⁹¹.

Um segundo princípio relacionado ao da Dignidade da Pessoa Humana diz respeito ao Princípio de Proteção à Integridade Psicofísica Humana, traduzido pelo direito, na esfera penal, de não ser torturado, bem como titular de certas garantias penais (tratamento do preso nas detenções e interrogatórios, proibição de penas cruéis), enquanto na esfera cível, visa garantir direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), ou, segundo parte da doutrina, “amplíssimo direito à saúde” (psicofísica e social)⁹².

O Princípio da Liberdade seria um terceiro princípio ligado umbilicalmente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, liberdade esta não vista, tradicional e

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

⁹¹ MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 121-122.

⁹² MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 126.

restritivamente, como disponibilidade de lidar com patrimônio, mas, agora, também, dos poderes para dispor de si mesma, de seu destino, de seu próprio corpo, levando em consideração a ordem pública, a moral e os bons costumes⁹³.

Por derradeiro, remanesce, ainda, um último princípio que com este se relaciona intimamente, o Princípio da Solidariedade, o qual será visto com mais detalhamento no próximo tópico, que nasce com vigor após a Segunda Guerra, como resposta às bárbaras atrocidades lá experimentadas, pensando-se a humanidade de forma coletiva (não mais de forma individual como pregava o Princípio da Liberdade), cujo conceito foi, posteriormente, ampliado para a proteção do “patrimônio comum da humanidade”, embarcando, também, a proteção aos recursos naturais⁹⁴.

2.3.5 Princípio da Solidariedade

Solidariedade figura em nossa Carta Constitucional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, traduzido pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CRFB)⁹⁵.

O termo solidariedade, sob o enfoque filosófico, pode ser entendida como

Termo de origem jurídica que, na linguagem comum e na filosófica, significa: 1º interrelação ou interdependência; 2º assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo (p. ex.: S. familiar; S. humana etc.). Neste sentido, fala-se de *solidarismo* para indicar a doutrina moral e jurídica fundamentada na S.

Na S. – não entendida como reconhecimento metafísico de uma essência comum intemporal, mas como criação *histórica* de indivíduos capazes de identificar-se com a vida alheia – Rorty viu o valor típico da humanidade pós-metafísica e pós-moderna: “Proponho distinguir entre S. como identificação com a ‘humanidade’ em si e S. como dúvida auto-reflexiva, dúvida que gradualmente, nos últimos séculos, foi inculcada nos habitantes dos Estados democráticos: dúvida sobre a sua sensibilidade à dor e à humilhação alheia, dúvida sobre a adequação dos atuais ordenamentos

⁹³ MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 132-133.

⁹⁴ MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 135.

⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

institucionais para enfrentar essa dor e essa humilhação, curiosidade de saber se há alternativas possíveis”.⁹⁶

Não há consenso na doutrina acerca da definição do termo Solidariedade quando em confronto com o termo Fraternidade, uns entendendo por sua sinonímia, enquanto outros, em sentido diametralmente oposto, manifestando-se por sua distinção.

Fraternidade, um dos tripés de esteio da Revolução Francesa, para a corrente que defende sua diferenciação em relação à Solidariedade,

[...] constitui uma exigência que se revela na relação horizontal com o outro - que faz o homem agir porque se reconhece no outro como um outro de si mesmo; um outro eu que não sou eu, mas, ao mesmo tempo, sou eu integrando a Sociedade – e, sensibilizado, consciente e motivado passa a agir de forma comprometida e responsável em atitude compatível a um membro integrante de uma mesma e única família humana.⁹⁷

A diferença principal, segundo o pensamento desta corrente doutrinária, para o termo Solidariedade, já que enquanto o conceito de Fraternidade traria consignado, em seu bojo, um sentimento altruísta, na Solidariedade, traria consignado uma percepção de alguma vantagem⁹⁸.

Já Ferrer entende que o conceito de Fraternidade estaria inserido em uma das espécies em que a Solidariedade seria o gênero, portanto, este conceito seria mais abrangente, encampando o referencial do tripé da Revolução Francesa⁹⁹.

E mais, visualizando a trilogia revestida pela Administração Pública (Administração-Função; Administração-Organização e Direito Administrativo), Ferrer

⁹⁶ ABBAGNANO Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6 ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2012, p. 1086.

⁹⁷ BRANDÃO, Paulo de Tarso e SILVA, Ildete Regina Vale da. Fraternidade como categoria política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 2398.

⁹⁸ BRANDÃO, Paulo de Tarso e SILVA, Ildete Regina Vale da. Fraternidade como categoria política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791, p. 2398.

⁹⁹ REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, nº. 161, mayo-agosto 2003, p. 123-179.

entende haver um referente comum, que a explique, justifique e sustente¹⁰⁰:

En este sentido y si esto es así, que lo es, es preciso buscar un referente común, algo que explique, justifique y sostenga esa tríada de realidades. Si recorremos la ecuación en sentido inverso veremos que el exótico Derecho administrativo se justifica por la existencia de una organización singular, y que ésta carecería de sentido si no existiese una función a realizar. ¿Qué existe antes y da sentido a todo? ¿Cuál es el elemento subyacente? La respuesta no puede ser otra que la solidaridad. Entendida, en una primera instancia y como se verá, no como el sentimiento altruista que de inmediato nos sugiere la expresión, sino como el vínculo colectivo propio de todo cuerpo político.

La solidaridad, el actuar solidario, está en el origen: es la técnica necesaria para plasmar ese ideal e idealizado, materialmente inexistente pero latente Contrato Social que está en el origen de la sociedad; de la sociedad políticamente organizada, de esa comunidad de intereses que es el Estado. Un pacto que se renueva periódicamente, diariamente, diría. Pacto que está en la Constitución y en las leyes, y que debe tenerse cotidianamente presente pues es el único capaz de transmutar la naturaleza de nuestra actividad. La solidaridad convierte la acción dispersa en acción colectiva, lo privado en público.¹⁰¹

Marques, sob a ótica do Direito Privado (Civil), arremata que

Solidariedade é vínculo recíproco em um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é relação de responsabilidade, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio caminho entre o endereço centrado em si (*egoísmos*) e o interesse centrado no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo. A grande metanarrativa do Direito Civil moderno era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno Direito Privado. [...]¹⁰²

¹⁰⁰ “Nesse sentido, e se é assim, é necessário procurar um ponto de referência comum, algo que explique, justifique e sustente a tríade de realidades. Se formos na equação inversa, vemos que o exótico Direito Administrativo se justifica pela existência de uma organização única, e que não teria sentido se houvesse uma função para executar. O que existe antes e dá sentido a tudo? Qual é o elemento subjacente? A resposta não pode ser outra que não a solidariedade. Entendida, em primeira instância, e como será visto, não como altruísta sensação de que imediatamente sugeriu a expressão, mas como o próprio vínculo coletiva de qualquer órgão político.

A solidariedade, o atuar solidário, está na origem: é a técnica necessária para traduzir o ideal e o idealizado, materialmente inexistente mas latente no Contrato Social que está na origem da sociedade; da sociedade politicamente organizada, dessa comunidade de interesses que é o Estado. Uma aliança que é renovada periodicamente, a cada dia, eu diria. Aliança que está na Constituição e nas leis, e que deve estar cotidianamente presente, porque este é o único capaz de transmutar a natureza de nossa atividade. A solidariedade converte a ação dispersa em ação coletiva, o privado em público.” (tradução livre).

¹⁰¹ REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, nº. 161, mayo-agosto 2003. p. 123-179.

¹⁰² MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 176.

Não há espaço no Estado contemporâneo, altamente preocupado com o ser humano e seu melhor desenvolvimento, de adoção de procedimentos meramente formais, ou que apenas foquem o patrimônio, em detrimento do cidadão, não sendo meramente a liberdade, com a abstinência de participação do poder público na vida cotidiana da sociedade, o fim a ser almejado, mas, antes, o pleno atendimento dos anseios coletivos, visando, através de políticas públicas neste sentido, a construção efetiva da igualdade, que somente será atingida se nos preocuparmos com o outro.

Em resumo, estes, dentre de inúmeros, os princípios coletados, sem prejuízo de quaisquer outros, para que sirvam de referencial teórico de abordagem para o alcance da sustentabilidade social no território brasileiro.

Em um cenário de intensas mudanças e redescobertas do ser humano é que se inserem os precedentes judiciais amparados pelo atual Código de Processo Civil, como oportunas ferramentas aptas a melhor acompanharem, em termos de tempo e conteúdo, através de respostas mais rápidas e eficazes, ao pleno e efetivo atendimento das novas e dinâmicas demandas sociais que se instauram neste início de século XXI.

2.3.6 Princípio da Juridicidade

Na atividade administrativa, pública, assim como na atividade judicial, incorrem espaços, “zonas cinzentas”, altamente prejudiciais ao desenvolvimento do direito visando a obtenção da justiça, já que auferem a possibilidade do responsável legal pela execução de determinada tarefa (ato administrativo), em que pese a presença do princípio da legalidade (estrita), ter uma certa margem, discricionária, em seu proceder.

Neste sentido, Binenbojm, ao tratar do cotidiano administrativo, narrava que

O ofício administrativo, todavia, não se reduz – e, como visto linhas atrás, jamais se reduziu – à mera aplicação mecanicista da lei. A própria origem pretoriana e *autovinculativa* do direito administrativo por obra do Conselho de Estado francês, e os amplos espaços discricionários deixados pela lei para serem preenchidos pelo administrador, já comprometeriam, a rigor, essa noção de que a Administração não age por vontade própria, senão que se limita a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador. Em verdade, mesmo a atividade de interpretação da lei, já o dizia Kelsen,

comporta sempre uma margem autônoma de criação, daí se poder afirmar que mesmo os ditos regulamentos de execução expressam também algum conteúdo volitivo da Administração Pública.¹⁰³

Na tarefa de combater referidos espaços, discricionários, tem-se que, de alcance eminentemente à esfera pública, o Princípio da Juridicidade contrapõe-se ao vetusto princípio da legalidade, ampliando seu escopo, não mais de âmbito restrito à lei *strictu sensu*, mas, antes, abrangendo a completude do ordenamento jurídico, abarcando, também, a normatividade imposta pelo surgimento dos princípios constitucionais.

Além disso, há ainda a possibilidade, nesta esteira de raciocínio, da ampliação de seu objeto para outras fontes (primárias) do ordenamento jurídico atual, como os precedentes judiciais vinculantes (ou, em certa medida, até mesmo os persuasivos), os quais poderão submeter-se, por seu caráter de natureza compulsória, de observação obrigatória, até mesmo ao princípio da legalidade, contudo, serão melhor estudados em capítulo específico.

Germana de Oliveira Moraes, buscando respostas ao tormento objeto de saneamento pela ciência jurídica – Discricionariedade – do Administrador ou Gestor Público, buscando o preenchimento de referida lacuna, explanando acerca da necessidade de atualização do princípio jurídico administrativo a ser utilizado para o alcance deste fim, informa que

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição. A moderna concepção filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a consequente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.¹⁰⁴

Na incessante busca por justiça social no Estado Democrático de Direito, o Princípio da Juridicidade, inovando e criando maiores subsídios para a resolução do caso (administrativo) concreto, revela-se de extrema importância para o alcance de tão nobre

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 34-35.

¹⁰⁴ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1999, p. 24.

missão:

O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de legalidade administrativa e, agora, mais propriamente rotulado de juridicidade administrativa, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.¹⁰⁵

O positivismo jurídico tradicional, mesmo na esfera pública, vem cedendo lugar a teoria filosófica do pós-positivismo, exigindo do intérprete ou aplicador da norma legal, que não se confunde com o texto legal, a observância do caso concreto, utilizando-se tanto das regras, que não se resumem aos meros textos legais, mas a outras fontes do direito (dentre as quais os precedentes judiciais elencados pelo atual Código de Processo Civil são valiosos exemplos), como também deve guardar sintonia com os princípios constitucionais.

¹⁰⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79.

CAPÍTULO 2

3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CPC

3.1 NORMA LEGAL: DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO

O Juspositivismo (ou Positivismo Jurídico), segundo Bobbio, afasta-se da corrente filosófica que o antecedeu – Jusnaturalismo, especialmente quanto ao modo de abordagem do direito, por tratá-lo como um fato e não como um valor. Para o Juspositivismo o direito seria nada mais que um conjunto de fatos, fenômenos ou dados sociais “*em tudo análogos àqueles do mundo natural*”. O direito não pressupõe um juízo de valor, moral, ou seja, há uma dissociação entre direito e moral¹⁰⁶.

Acreditando na perfeição do texto legal, em que seria possível a cobertura de todo e qualquer caso posto em litígio, fazendo do juiz mero “boca da lei” (*Bouche de la Loi*), de maneira extremamente objetiva, afastando-se qualquer apreciação valorativa (moral), o Juspositivismo teve como primeira etapa o Positivismo Jurídico-Exegético (ou Paleopositivismo)¹⁰⁷.

Côncio das limitações do Ordenamento Jurídico, com as incompletudes e ambiguidades dos textos legais, e da visão do magistrado como agente político que ultrapassa o papel de mero reproduzidor da lei, inaugura-se com Kelsen, Hart e, posteriormente Bobbio, a segunda etapa do Juspositivismo, denominada de Positivismo Normativista, diagnosticando um novo papel a ser desempenhado pelo magistrado – criador (legislador) da Norma Jurídica (norma jurídica e texto legal já não são mais tratados como sinônimos), além da necessidade do estabelecimento de uma hierarquia de regras jurídicas, em virtude do nascedouro de

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 131.

¹⁰⁷ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 68 e 69.

diversos textos legais emanados de órgãos estatais diversos¹⁰⁸.

Ao discorrer sobre a tarefa da interpretação do texto legal, sob o viés Juspositivista, Kelsen não ignora a possibilidade de indeterminação do ordenamento jurídico, decorrente da possibilidade de contradição de duas normas jurídicas, porém, o renomado autor entende que há um limite para referida interpretação:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.¹⁰⁹

Portanto, o resultado desta tarefa interpretativa, na visão de Kelsen, seria “*a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem*”¹¹⁰.

Como visto, a tarefa do Juspositivismo no que tange a decisão judicial não é fácil como idealmente foi por este concebido, eis que padece de completude, especialmente para o que se denominou casos difíceis (*hard cases*), em que a discricionariedade judicial se agiganta:

Parece não haver mais dúvida – mormente após o debate Dworkin-Hart e de tudo o mais que a tradição jusfilosófica nos tem legado no decorrer do século XX – que o positivismo (nas suas mais variadas acepções) está ligado à discricionariedade interpretativa (cujas consequências são decisionismos e arbitrariedades), além de ser incompatível com a noção de princípio forjada no neoconstitucionalismo. O positivismo, assim, porque não leva em conta o modo prático de ser-no-mundo [...] possibilita múltiplas respostas, exatamente em face da ‘delegação’ que é dada ao juiz para encontrar a resposta nos *hard cases* [...]¹¹¹

Em apertada síntese, tem-se que tanto o Jusnaturalismo como o Juspositivismo não se desincumbiram de um dos principais anseios da Ciência do Direito: o preenchimento das lacunas legais, traduzida pela correta resposta a antinomia ou anomia legislativa, as quais conformam a materialização da discricionariedade judicial.

¹⁰⁸ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 69.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 247.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 247.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz. A Resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de Pós-Positivismo. O Positivismo jurídico diante da principiologia. in. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008, p. 291.

Uma das mais fortes críticas que o modelo Juspositivista recebeu concentrou-se na “*amplitude de decidibilidade do magistrado*”, eis que o mesmo dota o magistrado de um leque razoável de opções para a concretização do Direito, fazendo com que, ainda que referida atividade jurisdicional seja limitada por preceitos positivados, conte ainda com uma expressiva margem de discricionariedade do magistrado na apreciação do caso concreto¹¹².

Ainda que sob um viés constitucional (lei maior de uma nação), no trato dos direitos fundamentais, Alexy, ao tentar descrever os limites do ordenamento jurídico, assim se pronuncia:

A metáfora da moldura pode ser, então, definida da seguinte forma: o que é obrigatório ou proibido é a moldura; o que é facultado - ou seja, nem obrigatório, nem proibido - é aquilo que se encontra no interior da moldura. Nesse sentido, a discricionariedade do legislador é definida por aquilo que é facultado. Essa discricionariedade é de natureza estrutural. Seria também possível falar em uma discricionariedade substancial decorrente da estrutura das normas constitucionais. O que é decisivo é que a sua extensão é determinada por aquilo que é juridicamente válido em virtude das normas constitucionais. Portanto, a discricionariedade estrutural decorre dos limites daquilo que a constituição definitivamente obriga ou proíbe. Essa última definição distingue a discricionariedade estrutural da discricionariedade epistêmica ou cognitiva. Uma discricionariedade epistêmica decorre não dos limites daquilo que a constituição obriga ou proíbe, mas dos limites da possibilidade de se reconhecer o que a constituição, de um lado, obriga e proíbe e, de outro, nem obriga nem proíbe, ou seja, o que ela faculta. De uma forma exagerada, é possível afirmar que a discricionariedade epistêmica decorre dos limites da capacidade de se conhecer os limites da constituição. Os limites dessa capacidade podem ser tanto limites da cognição empírica quanto limites da cognição normativa [...]¹¹³

A discricionariedade judicial, analisada nos moldes propostos pela corrente Juspositivista é possibilitada quando da aplicação dos casos difíceis em direito, eis que para os casos fáceis, segundo este modelo paradigmático, basta a subsunção da norma (texto legal) ao caso concreto.

Contudo, deve esta visão sofrer correções, especialmente impostas por nova concepção da ciência do direito, no sentido de proporcionar uma melhor resolução para os chamados casos difíceis, ou melhor, a própria suplantação de referida dicotomia.

¹¹² ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 189.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 582 e 583.

Ao lecionar, de maneira introdutória, acerca da dicotomia relacionada ao potencial surgimento dos casos fáceis (*easy cases*) e casos difíceis (*hard cases*), Hart tece o seguinte comentário:

De facto, todos os sistemas, e formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto.¹¹⁴

Cumpre observar, em Streck, que regras de direito não estão adstritas à subsunção, nem que princípios sirvam como lenientes à limitação daquelas (regras) e, ainda, sejam “propriedade” das teorias argumentativas (pós-positivistas), as quais não poderão servir como ferramenta hermenêutica de resolução dos denominados *hard cases* (casos difíceis)¹¹⁵.

Para referido autor, o equívoco em se conceber a dicotomia *easy cases X hard cases* é herança tanto do positivismo (Hart) como das teorias discursivas-procedimentais (Habermas e Günther; Alexy e Atienza), sendo que estas últimas tinham em comum o reconhecimento de dois tipos de discursos: o de fundamentação e o de aplicação (Habermas e Günther)¹¹⁶.

É cediço que a atividade dos juízes consiste na elaboração de decisões em relação aos casos que lhes vêm a apreciação, nos seguintes termos:

As decisões que se exige que os juízes tomem para aplicar as regras aos fatos podem ser descritas quer como interpretação, quer como criação de exceções e ajustes *ad hoc* - na verdade, uma contínua reformulação das regras. Estas são praticamente as mesmas, mas os juízes preferem a primeira formulação, a interpretativa, que lhes atribui um papel menos criativo e, portanto, aparentemente menos usurpador.¹¹⁷

O dualismo em debate (casos fáceis X casos difíceis) rememora outros, umbilicalmente ligados, já estudados pela ciência jurídica, quais sejam, a título de exemplo,

¹¹⁴ HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 143.

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 72.

¹¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 72-73.

¹¹⁷ POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 62.

“regra-princípio”, “lei-Constituição”, “subsunção-atribuição de sentido”, derivados do caráter hermenêutico do direito que, sob o viés positivista, resume o direito à um conjunto de regras, aplicando-se, na solução das demandas, raciocínios subsuntivos-dedutivos, sendo que, quando não possível a aplicação desta solução, ou seja, quando diante de casos difíceis (*hard cases*), valem-se de “fórmulas” complexas, resultantes de discursos, os quais, em seus extremos, pretendem substituir o direito pela argumentação¹¹⁸.

Em consonância com a Democracia que grassa os Estados soberanos contemporâneos em sua grande maioria, situação vivenciada no período pós-totalitarismo em que vivemos, a resolução da dicotomia “casos fáceis-casos difíceis”, reduzindo-se o espaço de discricionariedade proporcionado pelo Juspositivismo, Streck entende que

Nesse sentido, é importante lembrar que a produção democrática do direito dispensa o "uso" de uma moral corretiva, como pretendem, por exemplo, algumas teorias argumentativas. Destarte, a discussão alcança o patamar da democracia. Não teria sentido que, nesta quadra da história, depois da superação dos autoritarismos/totalitarismos surgidos no século XX e no momento em que alcançamos esse (elevado) patamar de discussão democrática do direito, viéssemos a "depende" da discricionariedade dos juízes na discussão dos assim denominados *hard cases*. Dito de outro modo, seria substituir a democracia pela "vontade do poder" dos juízes (entendida a "vontade do poder" como o último princípio epocal da modernidade, a *Wille zur Macht*). A produção democrática do direito - que é esse *plus* normativo que caracteriza o Estado Democrático de Direito - é um salto para além do paradigma da filosofia da consciência. É nesse sentido que, ao ser antirrelativista, a hermenêutica filosófica funciona como uma blindagem contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ ou decisionismos por parte dos juízes e tribunais. Mais do que isso, a hermenêutica é, assim, antipositivista, colocando-se como contraponto à admissão de múltiplas respostas defendida pelos diversos positivismos (pensemos, aqui, nas críticas de Dworkin a Hart). Nesse sentido, lembro que a noção de "positivismo" é entendida, neste texto e no restante de minhas obras, a partir de sua principal característica: a discricionariedade, que ocorre a partir da “delegação” em favor dos juízes para a resolução dos casos difíceis (não “abarcados” pela regra).¹¹⁹

Algumas teorias denominadas pós-positivistas pregam a cisão entre regras e princípios e, inevitavelmente, entre casos fáceis e casos difíceis (teorias argumentativas, como a de Alexy), enquanto outras (teoria hermenêutica, por exemplo), pregam justamente o contrário, ou seja, a impossibilidade de ver-se uma regra subsistir de maneira isolada sem o

¹¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 78.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 79.

princípio fornecendo a razão prática do direito, relegando a aplicação dos princípios apenas de maneira supletiva, em casos específicos¹²⁰.

Neste contexto, em que estão inseridos os precedentes judiciais, imperioso revolver o estudo das fontes do direito, e com ele os critérios de produção e aplicação das normas, eis que no sistema jurídico vivenciado por nosso país – *Civil Law* – que será melhor debatido em item específico deste capítulo, em que pese o viés fortemente (e estritamente) legalista, o mesmo vem sofrendo, no cenário nacional, principalmente com a vigência do novo Código de Processo Civil – CPC, temperamentos, introduzindo novas fontes (primárias) de direito, além da lei propriamente dita.

3.2 RELEITURA DAS FONTES DO DIREITO

O estudo tradicional das fontes do direito, em países de sistema jurídico de *civil law*, se estribam, especialmente, em três aspectos distintos: a) Fontes Históricas, as quais se estribam na evolução dos costumes e o progresso, demandando a edição de novas formas de aplicação de princípios já estabelecidos,, além de servir como subsídio imprescindível para o desenvolvimento da Dogmática Jurídica; b) Fontes Materiais, visto que o Direito não deriva da vontade única do legislador, mas produto dos anseios da sociedade, são constituídas pelos fatos e pelos problemas sociais, estes últimos condicionados pelos fatores do Direito, tais como a Moral, a Economia, a Geografia, etc., podendo ainda serem classificadas em diretas (fatores jurídicos) e indiretas (representadas pela sociedade – cria o Direito consuetudinário, pelo Poder Legislativo – elabora as leis e pelo Judiciário, que formula a Jurisprudência); c) Fontes Formais, que são as formas pelas quais são exteriorizadas as normas jurídicas, podendo ser divididas em diretas (leis e códigos) e indiretas (doutrina e jurisprudência)¹²¹.

Em países de sistema *common law* as decisões judiciais exercem forte influência sobre a produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas, podendo facilmente serem elevadas ao grau de fonte (primária) do direito, justificando a aplicação de um julgamento

¹²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 85.

¹²¹ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 141-143.

passado servir de subsídio para uma outra no futuro¹²².

Marinoni relata não ser nada difícil ouvir comentários acerca da desnecessidade de respeito e cumprimento, por parte de magistrados, do estabelecido em precedentes judiciais, visto que estariam submetidos apenas ao império das leis, pensamento este derivado, ou da ignorância da apreensão do termo correspondente a direito no Estado contemporâneo, ou, decorrente de má-fé ou possível falta de honestidade intelectual, com o único objetivo de continuar o exercício irracional do poder jurisdicional, agraciando poucos que dele se sustentam¹²³.

Reflexo das novidades introduzidas, especialmente, pelo atual Código de Processo Civil, com a introdução, dentre outras novidades, dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, aproximando-se de países com tradição jurídica de *common law*, tem-se que houve uma profunda alteração no conceito e classificação de fontes do direito, visto que, tradicionalmente, as (formais) escritas deteriam maior coercibilidade (exceção ficaria por conta dos costumes em sistemas de *common law*), ou seja, entre a lei, a jurisprudência e a doutrina (todas fontes imediatas do direito), apenas as leis (escritas) ou os costumes (não escritas) se enquadrariam nesta condição¹²⁴.

Evoluindo no trato do tema, Rossi vê uma mudança de postura da doutrina, especialmente em decorrência da inserção, no cenário processual brasileiro, de novos institutos, bem como a distinção, diante do atual cenário, entre fontes mediatas e imediatas, não tem mais razão de existir, ante as inegáveis mudanças repercutidas na jurisprudência:

Ocorre que essa classificação das fontes do direito vem encontrando atualmente uma série de questionamentos, quer pelo fato de que outros institutos derivados direta ou indiretamente da tradicional classificação também podem ser considerados fontes do direito (tais como súmulas, medidas provisórias, “precedentes” administrativos e judiciais), seja porque a distinção lógica entre fontes imediatas e mediatas pouco sentido faz na medida em que a jurisprudência está cada vez mais impregnada de efeito vinculante, capaz de gerar uma coercitividade maior que a própria lei, como é o caso das súmulas vinculantes, da repercussão geral em recurso

¹²² DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 123.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 92

¹²⁴ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37-41.

extraordinário e dos recursos especiais repetitivos, para ficarmos apenas nesses.¹²⁵

O mundo, contagiado pelos efeitos da globalização, passa por intensas transformações, especialmente no que tange à integração, nas mais diversas áreas do conhecimento, não sendo diferente com a área jurídica que, por isto, sofre profundas alterações em seus fundamentos, visando, acima de tudo, o aprimoramento da prestação jurisdicional.

3.3 PRECEDENTES JUDICIAIS

No seio da sociedade em que vivemos a convivência se torna cada dia mais complexa, exigindo dos poderes constituídos uma maior atenção.

O Poder Legislativo, neste anseio, vê aumentado, superlativamente, sua produção legislativa, ainda que de forma desordenada, não conseguindo acompanhá-la, tornando ociosos e sem sentido uma série de ordenamentos legais, bem como abrindo profundos vácuos legais em questões de sua importância.

Em decorrência desta deficiência, o Poder Executivo se imiscui nas funções legislativas, editando as malfadas medidas provisórias. De todo este conturbado contexto, surge o Poder Judiciário que, no afã de suprir deficiências dos outros dois poderes, vê sua atuação elevar-se às alturas, buscando minimizar as lacunas dos demais, o que tem recebido diversas críticas quanto ao seu potencial “ativismo”, decorrente de seu protagonismo nas respostas aos reclames sociais. Como consequência imediata, criou-se uma inflação de normas jurídicas que desafiam qualquer operador jurídico na busca pela previsibilidade do ordenamento jurídico pátrio¹²⁶.

Nesta senda, Abreu¹²⁷ leciona que o atual cenário, representado acima, privilegia o

¹²⁵ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira:** a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 41.

¹²⁶ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Da “segurança nacional” à “insegurança” jurisdicional:** uma reflexão sobre a segurança jurídica. O direito entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, 2014, p. 124-126.

¹²⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e processo:** Desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 49.

Executivo em detrimento do Legislativo, onerado por sua baixa legitimidade, legando ao Judiciário a complexa tarefa de absorver demandas, reprimidas, de caráter político e social, as quais, em sua concepção, estariam sob a competência do Legislativo.

Entretanto, tem-se que o espaço de atuação do Poder Judiciário, no sentido de nortear a atuação de outro poder (Poder Executivo), em suas atividades administrativas discricionárias, atinentes às políticas públicas visando a sustentabilidade social do Estado, implementadas ou a implementar, é muito limitado, restringindo-se aos casos em que digam respeito, meramente, à aplicação de direitos fundamentais, sob pena de grave infração a ordem democrática¹²⁸.

Reforçando o complexo e incerto cenário normativo brasileiro nos tempos atuais, onde a imprevisibilidade é a única certeza, Peixoto¹²⁹ relata que a forma mais eficaz do Estado reagir, em relação às expectativas e demandas da sociedade hodierna, resume-se ao aumento da produção normativa.

O Estado de Direito tem como uma de suas principais metas, a segurança jurídica de seu ordenamento, podendo esta ser possibilitada através da estabilidade e continuidade da ordem jurídica, proporcionando a previsibilidade de suas consequências¹³⁰.

Acerca do atual estágio do Estado, Canotilho instrui que *“Qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”*¹³¹.

Neste cenário emerge o atual Código de Processo Civil brasileiro. O Estado Constitucional, retratado acima, além de angariar as conquistas do Estado Liberal (proteção da liberdade, e dos bens privados) e do Estado Social (igualdade material de seus cidadãos), passa a garantir, também, a implementação dos direitos fundamentais. É a formação do tripé do ideário da Revolução Francesa, ou seja, o Estado Liberal possibilita a Liberdade; o Estado

¹²⁸ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

¹²⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 34.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

¹³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92.

Social viabiliza a Igualdade; já o Estado Constitucional emana Solidariedade¹³².

Em que pese a complexidade do termo e, com esta, a mais do que provável confusão terminológica, especialmente no Brasil, país adotante do sistema *civil law*, que será mais detalhadamente visto a frente, buscar-se-á, sem a pretensão de esgotá-lo, a conceituação do precedente judicial.

Não há sentido em tratar de uma matéria sem, preventivamente, lhe dar o norte, através do conceito operacional de seu principal referente¹³³.

Nesta senda, impende salientar que Precedente, em sentido lato, pode ser conceituado como

[...] a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Mas não é qualquer decisão judicial, somente aquelas que têm potencialidade de se firmarem como paradigmas para orientação dos jurisdicionados e magistrados.¹³⁴

Já para Câmara,

Precedente é um pronunciamento judicial, proferido em um processo anterior, que é empregado como base da formação de outra decisão judicial, prolatada em processo posterior. Dito de outro modo, sempre que um órgão jurisdicional, ao proferir uma decisão, parte de outra decisão, proferida em outro processo, empregando-a como base, a decisão anteriormente prolatada terá sido um precedente.¹³⁵

De seu conceito operacional, é possível diagnosticar o foco de Schauer¹³⁶ quanto à responsabilidade da formulação de um precedente, *in verbis*:

[...] a system of precedente therefore involves the special responsibility accompanying the power to commit the future before we get there.¹³⁷

¹³² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: RT, v. 209, jul-2012, p. 351.

¹³³ PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 9 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, 2014, p. 104.

¹³⁴ RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-efic%C3%A1cia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

¹³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 427-428.

¹³⁶ “[...] um sistema de precedentes envolve uma responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá.” (tradução livre).

¹³⁷ SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987, p. 573.

Visto seu conceito operacional, resta importante frisar, que não é a íntegra da decisão ou do pronunciamento judicial que servirá de precedente, porém apenas parte do mesmo, ou seja, sua razão determinante:

O que vale considerar, agora, é a parte da definição que diz que o precedente se estabelece no que é ‘necessário’, o que é o elemento definidor da importante distinção entre o *holding* (ou, na Grã-Bretanha, a *ratio decidendi, r.d.*) e o *dictum* (ou *obiter dictum, o.d.*) de um julgado. Como no Brasil, a decisão de uma corte de *common law* é documentada em um acórdão, que contém a *opinion of the court*. Contudo, nem todo o conteúdo da *opinion* constitui um precedente: apenas o seu *holding*. O *holding* é o que foi discutido, arguido e efetivamente decidido no caso anterior, enquanto que o *dictum* é o que se afirma na decisão, mas que não é decisivo (necessário) para o deslinde da questão. Apenas o *holding* pode ser vinculante (*binding*) para os casos futuros, pois ele representa o que foi realmente estabelecido. O *dictum* é o que é tido como meramente circunstancial em dado caso.¹³⁸

Os precedentes judiciais, se bem apreendidos, segundo boa parte da doutrina pátria, podem fomentar segurança jurídica, previsibilidade e estabilidade, conceitos que se confundem, conforme bem anota Marinoni:

A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.¹³⁹

O mundo, contagiado pelos efeitos da globalização, passa por intensas transformações, especialmente no que tange à integração, nas mais diversas áreas do conhecimento. Não sendo diferente com a área jurídica.

A gênese da aceitação dos precedentes (*common law*) em território brasileiro, cujo sistema jurídico reinante até então era o de *civil law*, é fruto das profundas transformações que ocorrem no cenário jurídico ocidental, incorrendo em uma miscigenação de sistemas jurídicos visando uma melhor resposta aos anseios de seus jurisdicionados:

Uma situação que tem sido destacada pela doutrina, no meio dessas transformações do fenômeno jurídico, é a aproximação das famílias jurídicas ocidentais. Se a divisão estanque entre o *common law* e o *civil law* foi perceptível em algum momento do passado, atualmente não o é mais. Essas duas famílias passam a trocar soluções jurídicas. Dentre várias outras características que podem ser destacadas entre as duas famílias, o *civil law*

¹³⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67-69.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

tradicionalmente tinha, como principal fonte do direito, a legislação, enquanto que no *common law*, havia maior valorização dos precedentes. Nesta família do direito, embora exista a legislação, ela é considerada como uma fonte secundária do direito e a sua aplicação é realizada de forma literal e restritiva. No entanto, na atualidade, nota-se uma troca recíproca de influências, em que países do *civil law* passam por uma valorização da teoria dos precedentes e aqueles que estão inseridos no *common law*, por um aumento na utilização da legislação, dentre outras formas de aproximação. Não se trata, de forma alguma, de mera importação de institutos estrangeiros, mas de uma aprendizagem recíproca em busca de novas soluções que possam ser adaptadas ao ordenamento jurídico receptor e ressignificadas para que nele possam ser utilizadas.¹⁴⁰

Precedentes estão em direta consonância com o produto final dos tribunais, ou seja, com suas decisões, ou melhor dizendo, com as razões determinantes da decisão do caso concreto.

Contudo, seu desenvolvimento se deu de maneiras diversas nos sistemas jurídicos de *common* ou *civil law*, como se verá mais detalhadamente nos próximos tópicos.

3.3.1 Sistemas Jurídicos

Há que se ressaltar que a utilização do termo “sistemas jurídicos”, para designar as tradições jurídicas abordadas no tópico em tela, devido a sua complexidade, não detém tratamento pacífico na doutrina¹⁴¹, contudo, para fins da presente pesquisa, em que pese referida observação, com o devido temperamento, não há óbice para sua utilização, desde que não se olvide, também, que

Um sistema jurídico, na acepção em que o termo aqui é empregado, é um conjunto de instituições legais, processos e normas vigentes. Neste sentido, pode-se dizer que há nos Estados Unidos um sistema jurídico federal e cinquenta sistemas jurídicos estaduais; ou, que há sistemas jurídicos próprios a cada uma das demais nações; ainda, que há distintos sistemas jurídicos em organizações como a União Europeia ou nas Nações Unidas. Em um mundo organizado em estados soberanos e organizações de estados, há tanto sistemas jurídicos quantos forem os estados e organizações internacionais. Sistemas jurídicos nacionais frequentemente são classificados em grupos ou

¹⁴⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 120.

¹⁴¹ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43.

famílias. Assim, o sistema jurídico da Inglaterra, da Nova Zelândia, da Califórnia e de Nova York é denominado de ‘*common law*’, e há boas razões para que todos estejam agrupados conjuntamente. Porém, seria incorreto sugerir que estes entes políticos têm as mesmas instituições legais, processos e normas. Da mesma forma, a França, a Alemanha, a Itália e a Suíça têm cada qual o seu próprio sistema jurídico, assim como ocorre com a Argentina, o Brasil e o Chile. É verdade que todos que todos estes países são frequentemente descritos como sendo nações da ‘*civil law*’, e tentaremos neste livro explicar porque realmente faz sentido agrupá-los juntos desta forma. Mas, é importante reconhecer que há enormes diferenças entre os sistemas jurídicos vigentes nestes países.¹⁴²

Sem prejuízo da existência de outros sistemas jurídicos¹⁴³, no mundo ocidental contemporâneo destacam-se dois principais, os quais serão objeto de análise da presente pesquisa – sistemas do *common law* e do *civil law*.

A gênese destes sistemas pode ser atribuída à experiência inglesa (*common law*), materializada na concepção dos juízes como “oráculos do Direito”, e a experiência francesa (*civil law*), com sua visão de juízes como “boca da lei”, os entendendo como meros seres inanimados que apenas declaravam o conteúdo normativo previamente existente¹⁴⁴.

Sem mais delongas, e com maior detalhamento, passar-se-á ao estudo de ambos os sistemas jurídicos, analisando-se sua evolução histórica, bem como as peculiaridades de cada modelo.

¹⁴² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 120.

¹⁴³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 21-22.

¹⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão a vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24-25.

3.3.1.1 Civil law

Com raízes deitadas sobre a Europa Continental, especificamente em países de língua inglesa, é considerado a mais antiga tradição (sistema), compilado e codificado por Justiniano no século VI d.C.¹⁴⁵, podendo ser atribuída ao Direito Romano (Roma antiga) a gênese do *civil law*¹⁴⁶.

Visando equacionar problemas referentes a adaptação e flexibilidade do direito e acerca da incerteza jurídica, surge a necessidade de compilação única de diversas normas esparsas, fazendo com que o imperador Justiniano confeccione o conhecido diploma legal denominado *Corpus Juris Civilis*, constituído por quatro obras – digesto, código, instituições e novelas – desfigurando, de certa forma, a proposta inicial de uma compilação única¹⁴⁷.

Consequência da queda do império romano, resultado do domínio de povos de origem germânica, referido instrumento legal também perde força, resultado da fusão entre as normas romanas e as germânicas, mais conhecida como direito romano vulgarizado ou barbarizado, reacendendo o interesse pelo estudo do direito romano tradicional com a retomada, pelos europeus, do controle sobre o Mediterrâneo, especialmente em Bolonha, berço da primeira instituição superior de ensino a volver seus esforços ao estudo do *Corpus Juris Civilis*, nos idos finais do século XI, interesse justificado por seu conteúdo, de cunho cível e canônico¹⁴⁸.

Outro fundamental contributo do direito romano para o desenvolvimento da ciência do Direito no mundo ocidental, já que foi responsável, através da análise de seus textos legais, valendo-se de anotações explicativas, mais conhecidas como glosas (e os respectivos juristas eram denominados de glosadores), pela origem da literatura jurídica¹⁴⁹.

Nos idos dos séculos XIV e XV, na esteira da escola dos pós-glosadores, sob a

¹⁴⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 27.

¹⁴⁶ VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 270.

¹⁴⁷ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60-62.

¹⁴⁸ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63.

¹⁴⁹ BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 40.

forte influência do direito canônico, os textos jurídicos romanos são utilizados para a concepção e regência do direito comercial e internacional privado da época, que vai se transformando política e culturalmente no alvorecer de um modelo social amparado no Estado absolutista e no nacionalismo¹⁵⁰.

Avançando no tempo, tem-se que o direito romano, originalmente, serviu de subsídio para a construção do *jus commune* (direito comum europeu) – direito canônico, civil e comercial – com jurisdição em toda Europa, com exceção dos países escandinavos¹⁵¹, porém, não encampando o direito público, especialmente constitucional e administrativo, que somente se desenvolveria a partir do ano de 1776 e mediante revoluções¹⁵².

Nos embalos da Revolução Francesa, buscou-se ofuscar o direito e tradições do passado, não somente restrita ao âmbito de seu território, mas, também, centrou-se em negar o próprio direito do *jus commune*¹⁵³, tem-se “a lei como principal fonte do *civil law*, concebida como produto abstrato e dotado de formação normativa geral, sob os preceitos de justiça, moral e política”¹⁵⁴.

Mais do que a mera aplicação da lei ao caso concreto, o que define este sistema jurídico é a ideologia que lhe reveste, visto que ambos sistemas jurídicos (*civil e common law*) contém vasta codificação, porém o significado atribuído aos códigos e o papel desempenhado pelos magistrados em utilizá-los, é que bem definem um ou outro. No caso do *civil law* os códigos têm como foco o maior número de regras pré-estabelecidas possível, visando dar resposta a qualquer caso submetido à apreciação do Poder Judiciário, relegando aos juízes a mera tarefa de aplicar a lei, afastando-os da possibilidade de interpretá-la, tarefa exclusiva do Poder Legislativo¹⁵⁵.

¹⁵⁰ SANTOS, Karinne Emmanoela Goettems dos. **Para além da jurisdição dos “conceitos sem coisas”**: o problema da abstrativização da prestação jurisdicional a partir da análise acerca da litigiosidade no Brasil. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2015.

¹⁵¹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 23.

¹⁵² ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 65-66.

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 47.

¹⁵⁴ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Curitiba: Juruá, 2014, p. 44.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 46-48.

A tutela da segurança jurídica somente se daria com a certeza do direito na apreciação judicial, com a aplicação restritiva da lei, não dando margem a potenciais subjetivismos desencadeados por uma interpretação judicial particular, garantindo-se, desta forma, a previsibilidade das decisões judiciais e igualdade dos jurisdicionados¹⁵⁶.

Todavia, em que pese a sistematicidade angariada pela lei (códigos) no *civil law*, com o abrandamento de seu inicial radicalismo, justificado pelo receio de politização de decisões jurídicas, bem como a utópica aplicação isenta da lei pelo julgador, sem preocupar-se com pensamentos exarados em julgados pretéritos, isolando-se do sistema judicial que lhe cerca, desprezando o entendimento de cortes superiores, ao revés de garantir segurança e previsibilidade, geram decisões singulares e regionalizadas, herança, no caso brasileiro, do Patrimonialismo aventado por Max Weber, já discutido nesta pesquisa¹⁵⁷.

Mitidiero¹⁵⁸ leciona que, ainda que de forma cíclica, de acordo com o entendimento de Portalis, há papéis distintos a desempenhar o legislador, o juiz e a doutrina, discorrendo acerca do ônus dos juízes em interpretarem a legislação, através da jurisprudência e da doutrina, reestabelecendo suas importâncias, distinguindo a interpretação levada a efeito pelo legislador (*in abstracto* ou autêntica) e aquela efetivada pelo magistrado (*in concreto*), ainda que carente de previsão legal (omissão, obscuridade ou insuficiência da lei).

Por fim, tem-se a inegável influência propalada pelo constitucionalismo sobre o *civil law*, onde a eficácia normativa da lei é transmitida às constituições nacionais que, através de seus princípios e regras, passam a conformar àquela, transmutando o caráter e conteúdo do princípio da legalidade, antes meramente formal, agora substancial, de acordo com as prescrições estabelecidas pelos direitos fundamentais, passando a ser entendido o objeto do juízo de inconstitucionalidade seria não como meramente o texto legal, mas a norma (interpretada) que dele se deriva¹⁵⁹.

Em apertada síntese, estas as nuances principais, para efeitos da presente pesquisa,

¹⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50-51.

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 51-53.

¹⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55-56.

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53.

no que diz respeito ao sistema judicial do *civil law*, que, juntamente com o próximo sistema a ser abordado – *common law* – domina parte relevante dos sistemas jurídicos do mundo ocidental.

3.3.1.2 *Common law*

Para que se possa ter uma melhor apreensão do conteúdo do sistema jurídico de *common law*, da mesma forma como adotado no sistema do tópico anterior, imprescindível a análise do retrospecto histórico de países que o adotam, visando instrumentalizar sua análise.

Em seu contexto puramente histórico, tem-se que, para parte relevante da doutrina, diversamente do *civil law*, o *common law* não sofreu solução de continuidade como vivenciado pela Europa continental, eis que não surge de uma ruptura com o passado, mas do que se denominou “*continuum histórico*”, eis que, no caso inglês, por exemplo, a era da Modernidade não foi separada da Idade Média tão drasticamente como no outro sistema jurídico¹⁶⁰.

Já, para outra parte da doutrina, sob o ponto de vista eminentemente histórico, *common law* seria derivação do termo *comune ley* da língua normanda, já que fruto da conquista da Inglaterra, em 1066¹⁶¹.

Posteriormente, fruto da Revolução Gloriosa de 1688, houve a consolidação do termo *common law* e da doutrina (de suporte) do *judge-made law*, materializada pela luta da classe ascendente (burguesia) em face do absolutismo real, visando a garantia das liberdades individuais, com destaque para a propriedade, sendo os magistrados vistos, não como ameaça, mas como colaboradores, submetendo não só o rei, mas o próprio conteúdo legislativo do parlamento inglês, ao crivo do *common law*¹⁶².

Visando a melhor compreensão da matéria, urge que se possa apreender seu

¹⁶⁰ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 23.

¹⁶¹ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63-64.

¹⁶² ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 21.

conceito, ainda que, a princípio, de forma um pouco superficial, mas que será de grande valia para o entendimento desta parte introdutória.

Fine entende o *common law*, através de sua contraposição com o *civil law*, como sendo “o direito desenvolvido pelos juízes, em vez de corporificado em um corpo de normas codificadas, como ocorre no sistema de *civil law*”¹⁶³.

3.3.1.3 *Common law Inglês*

Berço do *common law*, o direito comum inglês remonta a período anterior a já anunciada conquista normanda (responsável pelo desenvolvimento daquele sistema), retroagindo a organização política tribal, de escassos diplomas legais, porém, rica em costumes locais¹⁶⁴.

Entretanto, convém realçar que o direito inglês não se confunde com o direito de países de língua inglesa (*Commonwealth*), ou ainda, do Reino Unido ou da Grã-Bretanha, não excluindo sua potencial influência, eis que

O direito inglês é o direito aplicado na Inglaterra e no País de Gales. Não é o direito dos países de língua inglesa ou de *Commonwealth* nem o do Reino Unido ou da Grã-Bretanha. Os direitos de *Commonwealth* às vezes são próximos do direito inglês, mas, em outros casos, podem ser bastante diferentes. O direito da Irlanda do Norte e o da Ilha de Man são bastante próximos do direito inglês, mas o da Escócia é muito diverso, como também o é o das ilhas anglo-normandas. O domínio territorial limitado em que se aplica o direito inglês não constitui, porém, o critério com base no qual convém julgar seu valor e seu interesse. Comparável ao que foi o direito romano para os países do continente europeu e para inúmeros países extra-europeus, o direito inglês está na origem da maioria dos países de direito de língua inglesa, tendo exercido uma influência considerável sobre o direito de vários países que sofreram, numa época de sua história, a dominação britânica. Esses países podem ter se emancipado da Inglaterra e seu direito pode ter adquirido ou conservado características próprias. Mas a marca inglesa muitas vezes permanece profunda nesses países, afetando a maneira de conceber o direito, os conceitos jurídicos utilizados, os métodos e o espírito dos juristas. Assim, o direito inglês, superando amplamente o domínio estrito de sua aplicação territorial, constitui o protótipo em que

¹⁶³ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 67.

¹⁶⁴ MEURER JUNIOR, Ezair José. **Súmula Vinculante no CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 39-40.

numerosos direitos se inspiraram; é por seu estudo que convém começar todo e qualquer estudo dos direitos pertencentes à 'família de *common law*'.¹⁶⁵

A tradição do *common law* inglês, no que tange ao seu aspecto histórico, sem prejuízo da observação que não houve rompimentos em seu curso (contínuo histórico) a exemplo do *civil law*, pode ser subdividida em quatro principais períodos:

Sobre o direito inglês, especificamente quanto a formação do sistema *common law* [...], com sua leitura técnico jurídica dos aspectos históricos, faz a disposição em quatro principais períodos: o primeiro, anterior a 1066, ano da conquista normanda; o segundo, de 1066 a 1485, quando adveio a Dinastia Tudors, verificando-se, nesse ínterin, o desenvolvimento do sistema em questão; o terceiro, entre 1485 e 1832, com o advento do equity, como jurisdição específica e diferente do *common law*; e por último, a partir de 1832, onde há um incremento da lei.¹⁶⁶

Cramer creditava à majoração do poder real a criação de dois modelos de cortes de justiça, o primeiro deles corresponderia às cortes reais (*royal courts*), que tratavam do direito comum (*common law*), genérico, de abrangência à todo o reino, as quais, ao lado das cortes locais (*hundred courts* e *manorial courts*) alocadas em cada feudo, julgavam os casos (locais) que lhe eram submetidos de acordo com os costumes do lugar¹⁶⁷.

Em que pese a natureza jurídica de jurisdição de exceção que ostentavam as cortes reais (e com isto maiores restrições em seu juízo de admissibilidade, de competência do chanceler, não do rei), sua hegemonia, com o passar do tempo, passou a se consolidar, fazendo com que o *common law* (criação de regras de direito material eram extraídas de seus julgados, através de seus precedentes, o que se denominou de *case law*, já que seu foco, *a priori*, seria o direito processual) outrora restrito aos assuntos reais, pudesse se tornar o direito mais demandado na Inglaterra¹⁶⁸.

Entretanto, cumpre destacar (na prática) a dicotomia de dois tipos distintos de jurisdição que conviviam no direito inglês, impulsionada pela possibilidade de intervenção do rei em face de decisões proferidas pelos Tribunais Reais de Justiça, cujo julgamento de

¹⁶⁵ DAVID, René. **O Direito inglês**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. VII/VIII.

¹⁶⁶ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes**: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica. Curitiba: Juruá, 2014, p. 29.

¹⁶⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 14-15.

¹⁶⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15-16.

admissibilidade se dava pelo Lorde Chanceler, o qual decidia, progressivamente, fundamentado em normas mais morais do que jurídicas (*equity*), conflitando com o *common law*, vindo a ser regulamentado, referido conflito, com a instituição do *Judicature Act* de 1873, o qual, com a fusão dos dois sistemas, passou a privilegiar a *equity* em detrimento do *common law*, sendo também responsável pela reorganização e estruturação do atual sistema judiciário britânico que tem como fontes, em grau de importância, o costume, a lei e os precedentes judiciais (jurisprudência)¹⁶⁹.

Outro modelo de *common law* que merece destaque cinge-se ao norte-americano, que será melhor debatido no próximo tópico.

3.3.1.4 *Common law Norte-Americano*

Reflexo da influência britânica, alguns países colonizados por aquela nação acabaram incorporando ao seu ordenamento jurídico o sistema do *common law*, todavia, sofrendo temperamentos, em decorrência das especificidades locais, tais como, no caso do modelo norte-americano, de sua estrutura federal, sistema presidencialista e bem delineada separação de poderes, desenvolveu seu próprio sistema jurídico de *common law*, que por sua vez também irradiou sobre outros países, a exemplo de Austrália, Nova Zelândia, Israel, Sudão, dentre outros¹⁷⁰.

Inicialmente, convém frisar a resistência inicial de aceitação do *common law* como sistema jurídico norte-americano, especialmente até o século XVIII, momento histórico marcado pela independência americana (ano de 1776), contudo, em que pese a adoção do modelo britânico, muitas regras deste não foram assimiladas no âmbito de seu território¹⁷¹.

Imperioso destacar que, tanto em território norte-americano como em território inglês, apesar de direito ser concebido, essencialmente, como jurisprudencial, coexistia com uma vasta produção legislativa, porém, não considerada como fonte primária do direito, já

¹⁶⁹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 46-50.

¹⁷⁰ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 51.

¹⁷¹ MEURER JUNIOR, Ezair José. **Súmula Vinculante no CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 47-48.

que no direito estadunidense, especialmente, a lei, apesar de fartamente reproduzida, somente será reconhecida após devidamente apreciada pelo Poder Judiciário, ou seja, na ausência de um precedente judicial adotar-se-á o slogan “*There is no law on the point*” (“Não há direito sobre esse ponto/questão”)¹⁷².

O grande traço distintivo do modelo de *common law* norte-americano concentra-se em seu sistema constitucional, materializado no controle de constitucionalidade de suas normas, sob o entendimento da primazia da norma constitucional, retratado no famoso caso *Marbury v. Madison*, do ano de 1803¹⁷³.

Outros pontos relativos ao distanciamento com o *common law* inglês que merecem destaque dizem respeito aos seus fundamentos, eis que o modelo estadunidense é influenciado pelo direito romano, no que tange à repartição/separação dos poderes estatais, acrescido do mecanismo de autorregulação proporcionado por seu “*checks and balances*”, preservando liberdades individuais, e ainda sustentado por doutrinas, que exaltam o dever de respeito, levados a efeito por magistrados independentes, aos precedentes judiciais e direitos humanos fundamentais, merecendo, ainda, destaque o fato de o *common law* norte-americano não se restringir a elevação de *status* do Poder Judiciário, mas ao controle de legitimidade das leis, regida pela Constituição, enaltecendo a vontade soberana do povo e a notável importância de sua Suprema Corte¹⁷⁴.

Finalizando este tópico, outro ponto que distancia o *common law* estadunidense do inglês diz respeito a importância dos Poderes Legislativo e Judiciário no âmbito de seus sistemas jurídicos. Enquanto no direito inglês há uma proeminência do primeiro poder, fruto da Revolução Gloriosa de 1688 – *Supremacy fo the parliement* (contudo, ao contrário do que possa parecer, há uma comunhão de esforços entre juízes e o Parlamento em face do monarca absolutista – supremacia da lei sobre o soberano) – no norte-americano, até pelo fato de ser colônia daquele, onde eram-lhes vedado editar atos contrários ao direito do colonizador, em oposição a referido comando, nasce o *Judicial Review* (controle judicial dos atos do Parlamento), ou ainda, como resposta a supremacia do parlamento inglês, a *supremacy of the*

¹⁷² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 54.

¹⁷³ MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 36.

¹⁷⁴ MEURER JUNIOR, Ezair José. **Súmula Vinculante no CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 48-49.

judiciary norte-americano¹⁷⁵.

Apreendidos estes dois sistemas (tradições) jurídicos e, como decorrência de sua evolução, imprescindível ater-se, ainda que em apertada síntese, ao estudo do *stare decisis*, que com aqueles não se confunde.

3.3.1.5 *Stare Decisis*

Uma das principais justificativas para um sistema de precedentes, visto, inclusive sob o ponto de vista da doutrina do *civil law*, irradiada pelo constitucionalismo, é a previsibilidade, tão cara ao Estado de Direito, que não se alcançará com a lei, mas com o desenvolvimento do *stare decisis*¹⁷⁶.

Em território brasileiro, desde a década de 90 do século passado, ainda que paulatinamente, vem sendo desenvolvida uma cultura de valorização dos precedentes, cujo marco inicial se dá através de reformas legislativas (apenas o primeiro passo), destacando-se as impeditivas do processamento de reexame necessário, ou ainda, de apelação, quando referidas decisões guardarem consonância com entendimentos incontroversos já exarados por tribunais superiores, sem considerar o efeito vinculante oriundo de decisões em processos de controle concentrado de constitucionalidade, além da criação da súmula vinculante e da repercussão geral, e ainda, pode-se citar a instituição da sistemática de procedimentalização dos chamados recursos repetitivos. Mas, tudo isto somente será possível se for alcançada a estabilização do entendimento dos tribunais superiores, o respeito às suas decisões, não só pelas cortes judiciais inferiores, mas, principalmente, por eles próprios, bem como a transformação na própria argumentação da decisão que, inexoravelmente, exaltará a relevância dos precedentes¹⁷⁷.

Em que pese sua proximidade, impende destacar que os institutos do *common law* e do *stare decisis*, especialmente sob a perspectiva histórica, não se confundem, sendo este

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 40-42.

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 109-110.

¹⁷⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 121-122.

último atrelado ao desenvolvimento dos precedentes, já que¹⁷⁸

To a historian at least any identification between the *common law* system and the doctrine of precedente, any attempt to explain the nature of the *common law* in terms of *stare decisis*, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively modern, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The *common law* had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet it functioned as a system of law without such props as the concept of the *ratio decidendi*, and functioned well enough.¹⁷⁹

Portanto, sob o contexto histórico de seu nascedouro, importante ressaltar que o caso judicial que destacou a força vinculante de um precedente e o irradiou a todo território de seu país (Inglaterra), afetando todo seu sistema judicial, diz respeito ao episódio envolvendo *Beamish v. Beamish*, apreciado em 1861 pela *House of Lords* (órgão de cúpula do Poder Judiciário à época), e ratificado em 1898, pela mesma corte de justiça, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, em que restou sedimentado que os precedentes então construídos vinculavam, não só as decisões irradiadas de seus julgados, mas, também, vinculava as decisões de cortes hierarquicamente inferiores¹⁸⁰.

Não só sob a perspectiva histórica é sustentada a diferenciação entre *common law* e *stare decisis*, eis que este seria apenas um elemento na nova configuração daquele, agora mais moderno, evoluindo na aceitação dos costumes do *Englishmen* como referenciais para condutas comportamentais e, mesmo com a contemporaneidade de ambos, ainda assim não se confundem¹⁸¹.

Nessa toada, tem-se que *stare decisis* se traduz em “concordar com ou aderir a casos já decididos”, ou seja, “mantenha-se a decisão”¹⁸², portanto, *stare decisis* está

¹⁷⁸ “Para um historiador, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes, que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ele funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*.” (tradução livre).

¹⁷⁹ SIMPSON, A. W. B. *The common law and legal theory*. In: Horder, Jeremy (ed.). **Oxford essays in jurisprudence**. Oxford: Clarendon Press, 1973, p. 77.

¹⁸⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 20.

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 30-31.

¹⁸² ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2014, p.

umbilicalmente ligado à prática de vinculação (obrigatoriedade), ou respeito, aos precedentes (*binding precedentes*) emanados das cortes superiores de justiça, que não podem ser alterados tão facilmente.

Ainda que a doutrina do *stare decisis* possa parecer uma radicalização do sistema do *common law*, e com isto causando um maior distanciamento entre este e outro sistema jurídico (*civil law*), é fato notório na doutrina que ambos sempre andaram juntos, em constante comunicação, acentuada com o advento da globalização no cenário mundial, fazendo com que referidos sistemas, no cenário contemporâneo tendam-se à convergência.

3.3.1.6 Convergência dos Sistemas Jurídicos do Civil Law e Common Law

Atribuído, especialmente, ao movimento globalizatório por que passa o planeta, há uma intensa e rápida aproximação de culturas e legados, possibilitando uma maior condição de diálogo, inclusive em tempo real, não ficando o direito imune a referida transformação, em que Estados soberanos encontram-se em constante interação, repercutindo na extração de julgados paradigmáticos (precedentes) que, ainda que em prejuízo das devidas formalidades legais, são absorvidos, ainda que em detrimento de uma potencial força vinculante (*stare decisis*), movimento este conhecido por denominações as mais diversas: transconstitucionalismo, cross-constitucionalismo, transjudicialismo, ou ainda, mundialização do direito, visando, acima de tudo, uma solução jurídica aos casos sociais submetidos à apreciação judicial¹⁸³.

Acerca da aproximação de ambos os sistemas jurídicos, desencadeados pelo (novo) movimento globalizatório surgido, aproximadamente, na década de 80 do século passado, Mauro Cappelletti, já naquela época, arrematava que

De vários anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos

330.

¹⁸³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 119.

efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do direito jurisprudencial.¹⁸⁴

Amparado em Cappelletti, Porto manifesta-se no sentido de que o diálogo entre as famílias do *common law* e do *civil law*, decorrente de sua intensa aproximação, retroage à origem do processo civil italiano, desencadeada pelo Direito Romano, diálogo este intensificado pela facilitação da comunicação entre os Estados soberanos propiciada pelo fenômeno globalizatório, levando, em território brasileiro, a adoção do que chama de “*commonlawlização*” do direito nacional, evidenciada pela elevação da importância da jurisprudência, e ainda, da relevância dada ao papel criador do magistrado neste cenário¹⁸⁵.

Rossi, amparado em Gary Slapper e David Kelly, discorre que, apesar da conceituação clássica diferenciando os dois sistemas jurídicos, informando que enquanto o *common law* seria baseado em precedentes, possibilitando uma abordagem mais discricionária, sob a responsabilidade do magistrado, o *civil law* corrigiria a discricionariedade judicial através da codificação legal e respeito à princípios gerais abstratos, há uma forte tendência, nos tempos atuais, na miscigenação dos sistemas, já que o *common law* estaria mais sensível e receptivo à lei e o *civil law*, visando a estabilidade de seus julgados, encontra no precedente um excelente aliado, cada vez mais aplicado nos países em que este se desenvolve¹⁸⁶.

Importante salientar que o fenômeno de aproximação entre referidos sistemas que se visualiza nos tempos contemporâneos, inclusive em território pátrio, diz respeito a sua convergência, ou seja, a incorporação de institutos de outra tradição jurídica no intuito de otimizar a resolução dos conflitos, não se confundindo com a hibridização, inspirada por questões ideológicas, que pode ser traduzida pela mistura de elementos estruturais de ambas as teorias, formando uma “terceira”, de tradição mista¹⁸⁷.

Em território brasileiro esta aproximação também é perceptível, especialmente

¹⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 124.

¹⁸⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

¹⁸⁶ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

¹⁸⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 29.

sob a influência do constitucionalismo, já que, impulsionada pelos ditames da Emenda Constitucional 45, atuando nos dois modelos de controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), trabalhando ainda com processo coletivo (*class action* no direito norte americano), ou ainda, sob o império dos princípios, mesmo em detrimento da ausência de texto legal escrito, previamente estabelecido. Por fim, ainda poderiam ser citadas a súmula vinculante e a repercussão geral, alinhando-se, neste sentido, ao sistema jurídico do *common law*¹⁸⁸.

Toda esta combinação de fatores, propagada pelo mundo globalizado em que se vive, a constante necessidade de segurança jurídica na relação entre as partes, reforça a utilização, no sistema de *civil law* como o brasileiro, de uma ferramenta indispensável para o alcance desse objetivo – Precedente, o qual, ainda que não esteja totalmente pacificado na doutrina, pode ostentar um caráter meramente persuasivo, porém de inegável valor já que forçaria a necessidade de fundamentação para a sua não utilização, ou ainda, pode contar com um caráter vinculante, de obrigatório seguimento.

3.3.2 Precedentes Persuasivos e Precedentes Vinculantes

Debatendo acerca da forma e conteúdo da decisão judicial, sob a perspectiva de controle do poder (absoluto), buscando o alcance da justiça, através da satisfação da segurança jurídica (que pode ser decomposta em cognoscibilidade, estabilidade, confiabilidade e efetividade da ordem jurídica), liberdade e igualdade, já que Direito é oposto à arbitrariedade, Mitidiero entende ser este o foco de estudo da teoria do direito e da filosófica jurídica, que, neste sentido, teriam como uma de suas principais metas a promoção da permanente vinculação ao direito¹⁸⁹.

Retrocedendo às origens da história do Brasil, ainda sob o domínio do império português, pode-se entender a gênese dos precedentes nos *assentos* então operacionalizados (posteriormente substituídos, com a proclamação da república, pelo recurso extraordinário, inicialmente desprovidos de efeito vinculante, sendo, também, em momento subsequente,

¹⁸⁸ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 27-28.

¹⁸⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão a vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 19-21.

introduzida a figura do Prejulgado, considerado o precursor da uniformização de jurisprudência, do incidente de recursos – extraordinário, especial ou de casos – repetitivos e de assunção de competência previstos nos códigos de processo civil de 1973 e de 2015 –, de aplicabilidade interna à Corte de Apelação do Distrito Federal, em decorrência da divergência, ou não pacificação, do entendimento de seus órgãos fracionários), decorrentes das decisões da *Casa de Suplicação*, que, com a expedição do Alvará de 10 de maio de 1808, teve sua ramificação em território brasileiro com a *Casa de Suplicação do Brasil* (substituída, com a independência do Brasil, pelo Supremo Tribunal de Justiça), os quais ostentavam eficácia vinculante¹⁹⁰.

Não há que se olvidar que a divisão dos precedentes, entre vinculantes (obrigatórios) e persuasivos, não encontra unanimidade na doutrina brasileira, eis que, estribado na lição de Peixoto, valendo-se, a título de exemplo, da posição de Zaneti Jr. a respeito do assunto, o qual repulsa veementemente referida divisão, entendendo poder ser concebido como precedentes apenas decisões fulminadas pelo efeito vinculante, enquanto que julgados gravados de efeito persuasivo, nada mais seriam do que jurisprudência¹⁹¹.

A vinculação ou a persuasão que reveste um precedente está intimamente ligada ao respeito a seu comando, tendo o precedente vinculante (ou obrigatório) força coativa para seu cumprimento, não podendo juízos de hierarquia inferior decidirem de maneira distinta daquele, quando a questão debatida ou os fatos da causa guardarem similitude com o caso paradigma¹⁹².

Os precedentes, persuasivos ou vinculantes (obrigatórios), em ambos os sistemas jurídicos tratados na presente pesquisa (*common law* e *civil law*), terão a força de seu respeito condicionada (medida), também, em relação a origem de que são promanados:

[...] o precedente vertical, que vincula ou potencia maior persuasão, é aquele que provém de corte superior em relação aos tribunais inferiores, e se distingue do precedente horizontal, emanado de órgão jurisdicional postado no mesmo grau hierárquico do tribunal em que se pretende fazê-lo valer. Este geralmente se delinea menos influente. O precedente também pode

¹⁹⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 42-44.

¹⁹¹ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 132.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

deixar de ter eficácia quando se revela ultrapassado, sendo substituído por decisão que adota diferente orientação. Nesse caso, nos sistemas da *common law*, o precedente *overruled* (revogação de sua *ratio*) é fortemente excluído das fontes e perde, por via de consequência, qualquer valor. No ambiente da *civil law* ocorre algo semelhante, na hipótese de *revirement* da jurisprudência., ou seja, quando determinado posicionamento pretoriano, até então dominante, é substancialmente alterado por um julgado que se transforma em novo precedente. Parece claro, por outro lado, que no ordenamento jurídico dominado pelo *case law* torna-se extremamente importante a seleção e a documentação das decisões judiciais nos conhecidos *Law Reports*. Já para os regimes jurídicos regrados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar precedentes, se bem utilizada, aumenta e muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. [...] Realmente, ao assegurar certa estabilidade, a observância do precedente, em análogo caso posterior, contribui a um só tempo para a certeza jurídica e para a proteção da credibilidade na tomada de decisão judicial. Aduza-se, por fim, que, no plano da pragmática forense, quando a decisão é baseada em um precedente que guarda atualidade e se reveste de consistente fundamentação, a experiência demonstra que, com frequência, vem ela confirmada por tribunal superior. Nesse sentido, alguns juristas afirmam ser mais provável que qualquer juiz atribua maior relevo a decisões anteriores providas de tribunais superiores e inferiores de sua própria jurisdição, e não de tribunais de outras jurisdições; pode ele também atribuir mais importância a decisões recentes de qualquer tribunal, e não às antigas, bem como favorecer as decisões tomadas por juízes famosos, e não por juízes medíocres.¹⁹³

Marinoni, discorrendo sobre a (radical) eficácia vinculante do precedente, sentencia que

O que caracteriza a eficácia absolutamente vinculante é a circunstância de a Corte Suprema não poder revogar o precedente, ainda que tenha bons fundamentos para não respeitá-lo.¹⁹⁴

Frederick Schauer desenvolveu uma teoria lastreada em seu “modelo de regras”, entendendo o direito como um sistema de regras positivas, generalizantes e, salvo raras exceções, citadas regras balizarão a controvérsia do caso concreto, inclusive através da aplicação dos precedentes judiciais¹⁹⁵.

Entretanto, imprescindível entender que, em sua aplicação ao caso concreto, sob a ótica do Supremo Tribunal Federal brasileiro, seu manuseio nem sempre se baliza pela força de sua vinculação (efeito vinculante), na esteira do que leciona Schauer com seu modelo de

¹⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 17.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 89.

¹⁹⁵ SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Un examen de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 75-76.

regras, mas tendendo à maior aceitação da validação de experiências recalcitrantes e outros valores que impactam sobre a força do grau de vinculação do precedente.

Neste sentido, Magalhães e Silva, amparados em MacCormick e Summers, arrematam que

Por outro lado, verifica-se que foi acertada a constatação feita por Neil MacCormick e Robert Summers de que a força dos precedentes não seria traduzida por meio de uma dicotomia forte entre precedentes formalmente (vinculação absoluta) e não formalmente (ausência de vinculação) vinculantes, mas seria melhor traduzida por um *continuum*, que evidencia, como inúmeros fatores (correção da interpretação constituição, alcance de suas justificativas, proteção aos direitos fundamentais etc.) influenciam a variação da força do grau de vinculação do precedente.¹⁹⁶

Em apertada síntese, estes os fundamentos principais para o desenvolvimento da aplicação dos precedentes, o qual, por sua dinamicidade e profundidade, conta com uma complexa sistemática em sua utilização, com a devida interpretação, pelos operadores jurídicos.

3.3.3 Dinâmica e Interpretação do Precedente

Ante a complexidade do estudo do precedente, visando sua fiel aplicação, é requisito fundamental a apreensão de sua dinâmica, que nada mais é do que o comportamento dos atores envolvidos em uma demanda judicial (magistrados e partes)¹⁹⁷.

Para o objetivo da presente pesquisa, devido ao seu foco, restringir-se-á análise comportamental dos magistrados no manejo do precedente, cingida à sua aplicação, rejeição, distinção e superação, sem olvidar das variantes atinentes à superação, quais sejam, a superação parcial, a transformação, a modulação dos efeitos da superação, a superação antecipada e a sinalização¹⁹⁸.

¹⁹⁶ MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O Grau de vinculação dos precedentes à luz do STF – O Efeito vinculante é absoluto. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 49, Número 195, jul-set 2012, p. 95. Disponível em www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496599, Acesso em: 31 jul. 2017.

¹⁹⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 138.

¹⁹⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139.

Nos próximos tópicos passar-se-á ao cotejo individual de cada comportamento em face do precedente, contudo, iniciar-se-á com a estruturação do precedente, buscando a compreensão da parte da decisão judicial que o justifica.

3.3.3.1 *Ratio decidendi e Obter dictum*

Precedente judicial, especialmente sob a ótica do *common law*, não se confunde com a íntegra da decisão em que está integrado, mas cinge-se às razões que levaram a decidir-se de certa maneira, ou às razões que levaram à fixação do dispositivo, ou seja, a razão de decidir diz respeito a tese jurídica ou a interpretação do texto legal (norma jurídica), não se confundindo com a fundamentação do julgado (que pode conter questões periféricas), em que pese nele estar inserida¹⁹⁹.

Portanto, da bipartição de uma decisão judicial surgirá a *ratio decidendi* (também denominada de *holding*) e a *obter dictum*, as quais estão umbilicalmente ligadas aos fatos da causa e de complexa aplicação, sendo a primeira entendida como “a regra de direito que foi posta como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso”, enquanto a segunda seriam “todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão”²⁰⁰.

Discorrendo acerca da formação e aplicação dos precedentes, derivadas da extração da essência da tese do julgado, Rossi leciona que

É importante destacar que os precedentes, segundo o *senso comum teórico*, o qual sustenta ainda a separação entre questão de fato e questões de direito (a que dedicaremos especial atenção no momento oportuno), se aplicam somente aos pontos ou questões de direito, ainda que em alguns casos a questão de direito esteja diretamente inter-relacionada com os fatos. O princípio no qual se baseia um precedente deve ser essencial para a decisão a

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 161.

²⁰⁰ TARUFFO, Michele. Precedentes e jurisprudência. **Revista de Processo n. 199**, 36, São Paulo: RT, set. 2011, p. 145-146.

tomar. Essa parcela substancial do princípio legal é denominada de *ratio decidendi* do caso.²⁰¹

Invocando a doutrina do *stare decisis*, Meurer Junior reforça o entendimento de que somente a *ratio decidendi*, apreendida como questão nuclear (ou central) do julgado, é detentora da força vinculante (ou obrigatória), com reflexos em julgados posteriores, enquanto, *obter dictum* se resumiria a questões secundárias, entretanto, segundo o autor, preservaria força persuasiva, entendida ainda como caráter negativo, ou seja, *obter dictum* seria tudo aquilo não encampado pela *ratio decidendi* extravasada no julgado²⁰².

No mesmo sentido Barboza, almejando destacar as duas partes encontradas na fundamentação de uma decisão, leciona que *ratio decidendi* é questão nuclear e impositiva, enquanto *obter dictum* seria parte do discurso que não repercute na conclusão do julgado²⁰³.

Mais precisamente acerca do *obter dictum* de uma decisão, Meurer Junior, amparado nas lições de Didier Junior, expõe que este nada mais seria que um argumento jurídico, consideração ou comentário, extraído apenas de passagem na etapa de motivação da decisão judicial, ou seja, trata-se de um juízo normativo acessório, provisório e secundário, não sendo essencial para aquela²⁰⁴.

Internalizado os dois critérios que revestem o precedente judicial (*ratio decidendi* e *obter dictum*), fazendo parte de sua estrutura, imprescindível analisá-lo empiricamente, perpassando por sua aplicação, rejeição, distinção e superação, tudo sob a ótica comportamental de um dos atores de uma demanda judicial (o magistrado, visto de maneira singular ou colegiada).

3.3.3.2 Aplicação do precedente

²⁰¹ ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015, p. 134.

²⁰² MEURER JUNIOR, Ezair José. **Súmula Vinculante no CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 60.

²⁰³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 47-48.

²⁰⁴ MEURER JUNIOR, Ezair José. **Súmula Vinculante no CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 61.

A aplicação de um precedente judicial diversificar-se-á de acordo com sua natureza – vinculante ou persuasivo, todavia não poderá se dar de forma mecânica, devendo ser interpretado previamente para aplicá-lo ao caso concreto²⁰⁵.

A importância dada ao caso concreto é decorrente da própria característica da norma, analisada sob o prisma pós-positivista, muito bem sedimentada por Streck, *in verbis*:

Desde já – embora essa discussão já esteja esclarecida no decorrer da obra –, é necessário (re)lembrar que, para os efeitos aqui pretendidos, a palavra ‘norma’ representa o produto da interpretação de um texto, isto é, o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica. Se sempre há um princípio atrás de uma regra, a norma será o produto dessa interpretação, que se dá na *applicatio*. [...] Desse modo, não pode haver um conceito de norma que seja prévio e anterior ao caso a ser decidido. Portanto, a norma, e máxime, a normatividade do direito emerge da conflituosidade própria do caso.²⁰⁶

O precedente persuasivo, de aplicação facultativa, será utilizado em abono à fortificação da argumentação jurídica lançada na decisão judicial, condicionado à concordância do magistrado com a norma jurídica por aquele erigida, sem descuidar da necessidade de justificar sua utilização no caso concreto, demonstrando a identidade das teses jurídicas e a semelhança fática entre a decisão paradigma e a sob julgamento, na esteira do que preceitua o inciso V do § 1º do artigo 489 do atual Código de Processo Civil²⁰⁷.

Já na hipótese de aplicação de precedentes vinculantes, o magistrado não terá mera faculdade, mas a obrigação de aplicá-lo no caso concreto, após aberto o contraditório prévio entre as partes, pouco importando seu juízo de valor acerca da tese jurídica naquele exposta, contudo não se desincumbindo do ônus, da mesma forma que na aplicação do precedente persuasivo, de motivar sua adoção²⁰⁸.

Visto, ainda que de maneira sucinta, um dos comportamentos do magistrado quando se depara com um precedente judicial na fase de elaboração da decisão a ser lavrada, no que tange a sua aplicação, importante também visualizar o comportamento do magistrado quando não o admite.

²⁰⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 141.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 549-550.

²⁰⁷ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139.

²⁰⁸ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 139.

3.3.3.3 Rejeição do precedente

Na mesma toada da aplicação, a rejeição de um precedente, que não se confunde com sua distinção ou superação, também deverá levar em consideração sua natureza – persuasiva ou vinculante.

Se o precedente judicial for persuasivo poderá não ser adotado no caso de discordância em relação ao seu teor, ou ainda, quando presentes as hipóteses de distinção ou superação, devendo o magistrado, quando provocado pela parte interessada, motivar sua não aplicação em consonância com uma das três razões invocadas, conforme disciplina do § 1º do art. 489 do CPC²⁰⁹.

Na hipótese de rejeição de aplicação de precedente judicial vinculante, o magistrado se restringirá apenas à duas, das três, situações anteriormente debatidas, ou seja, não poderá invocar discordância em relação ao seu conteúdo, mas, meramente, valer-se de sua distinção ou superação²¹⁰.

A primeira forma (distinção) de não aplicação do precedente judicial ao caso concreto será melhor apreciada no próximo tópico.

²⁰⁹ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 140.

²¹⁰ CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 140.

3.3.3.4 Distinção do precedente

É cediço que a norma é o resultado da interpretação do texto legal (lei em sentido estrito ou, ainda, de um dado julgado), sendo imprescindível a compreensão prática do uso dos precedentes, eis que “*raciocinar por precedentes é, essencialmente, raciocinar por comparações*”²¹¹.

O magistrado, em sua hercúlea tarefa de dizer o direito, não é uma ilha, não podendo se conceber que o mesmo atue de maneira “*inédita*” em questões já deliberadas anteriormente, circunscritas ao mesmo tema em debate, mas que se utilize, largamente, do instituto da autorreferência, em respeito, especialmente, à integridade do direito, seja na aplicação dos precedentes vinculantes, ou até mesmo nos que ostentem qualidade persuasiva, revelando uma visão institucional do exercício da função jurisdicional²¹².

A aplicação de um precedente pode ser comparada à uma novela em cadeia, onde cada magistrado irá escrever um capítulo subsequente, devendo guardar consonância com o anterior, em que pese suas peculiaridades, ou até mesmo pode desencadear em um direcionamento diferente, demandando do julgador a realização da distinção (*distinguishing*), atentando-se ao dever de diálogo da cadeia decisória²¹³.

A ferramenta do *distinguishing*, de origem da tradição do *common law*, pode ser conceituado como o procedimento “*pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ou paradigma*”²¹⁴.

Sob outro enfoque, tem-se que *distinguishing* pode ter dois sentidos diferentes: o primeiro, na linha do raciocínio acima, ou seja, estaria atrelado ao método de comparação do caso em análise e de seu potencial precedente; já o segundo sentido diz respeito ao resultado da análise conclusiva acerca da diferença substancial entre o caso paradigma e o caso objeto

²¹¹ DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. **Precedentes**. Salvador: JusPodvm, 2015, p. 310.

²¹² PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 143-144.

²¹³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 144-145.

²¹⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 174.

do julgado²¹⁵.

Por fim, ainda acerca do instituto do *distinguishing*, impende salientar que este não se resume, exclusivamente, à não aplicação do precedente, mas, também, à ampliação de seu alcance:

Esclareça-se, porém, que o *distinguishing* ou a técnica da distinção, referida pelo inciso VI do § 1º do art. 489, não apenas permite a distinção do caso sob julgamento para a não aplicação do precedente, mas igualmente, a distinção do caso para a ampliação do alcance do precedente. Isso ocorre quando o caso, em princípio, não se submete ao precedente, mas a racionalidade da *ratio decidendi* diante do caso que deu origem ao precedente evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente. Na última hipótese, a falta de ampliação do alcance do precedente é que violaria a igualdade perante o direito.²¹⁶

A característica ampliativa do *distinguishing* acima descrita, faz emergir uma técnica, intermediária entre este e o *overruling*, que não revoga o precedente, mas o transforma, ao menos até que o posicionamento judicial esteja maduro para sua superação, denominado de *transformation*.

Na *transformation* é negado o teor do precedente, porém não o faz de maneira explícita, na esteira do procedimento adotado pelo *overruling*, bem como, ao contrário deste, tenta conciliar, ainda que artificialmente, o resultado do caso julgado com o do precedente ultrapassado, que não é excluído do ordenamento jurídico, já que a função principal deste instituto seria a sinalização de sua eminente superação, que pode se dar por inúmeras reproduções, resultando em diversos julgados transformados, até que, não havendo mais dúvidas a serem dissipadas a respeito da questão discutida, o precedente, enfim, possa ser, definitivamente, superado²¹⁷.

Outro modelo de não aplicação do precedente, que será melhor abordado no próximo tópico desta pesquisa, refere-se à sua superação, o qual difere-se do modelo de distinção, basicamente, por dois principais motivos: o primeiro seria por abandonar o

²¹⁵ FERREIRA, Iago Oliveira; HOLANDA, Matheus Luiz Maciel. Reflexões acerca dos precedentes judiciais: análise sobre a eficácia vinculante dos precedentes no sistema brasileiro. **Revista Pesquisas Jurídicas**. Volume III, Número 1, jan-jun 2014, p. 118. Disponível em <http://www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/download/79/100>>, Acesso em: 31 jul. 2017.

²¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 95.

²¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 243-245.

precedente não aplicado, enquanto o segundo diz respeito à sua titularidade, já que enquanto a distinção pode ser manejada por quaisquer juízes ou tribunais, a superação somente poderá ser aviada pelo tribunal que o emitiu.

3.3.3.5 *Superação do precedente*

Uma outra forma de não aplicação do precedente pelo magistrado em sua missão decisória, de caráter definitivo, estriba-se em sua superação, decorrente do abandono do precedente anterior pelo que o revogou.

Em que pese à relevante rigidez do *stare decisis*, no que concerne a mutabilidade de seus precedentes, há, no desenvolvimento do *common law*, ferramentas disponíveis para sua flexibilização, destacando-se dentre elas, além da distinção já tratada no item anterior, a superação, viabilizada pelo *overruling*, cuja titularidade estaria a cargo de tribunais responsáveis pela prolação da decisão que redundou no precedente revogando ou, ainda, cortes de superior hierarquia, procedimento (*overruling*) que seria responsável pela criação de duas regras – entendimento superado e processual (estabelecimento do novo precedente) – que não fragiliza referido sistema, antes o sedimenta²¹⁸.

A ruptura do pensamento exarado em um precedente paradigma e o alcançado no precedente revogador pode ser traduzido, em sua essência, no exercício da política por parte dos magistrados, concomitantemente ao surgimento de novos espaços de estabilidade das decisões judiciais, já que referidos atores judiciais não estariam insanamente limitados pelo pensamento dos tribunais superiores responsáveis pela produção de precedentes vinculantes em caráter irrevogável²¹⁹.

Na prática, tem-se que referida revogação, em que pese um certo dissenso

²¹⁸ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 170-171.

²¹⁹ RODRIGUES, Ana Luiza de Moraes. O Caráter político dos precedentes obrigatórios: uma análise a luz da obra de Hannah Arendt. **Revista Pesquisas Jurídicas**. Volume III, Número 1, jan-jun 2014, p. 95-96. Disponível em www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/download/77/98>, Acesso em: 31 jul. 2017.

doutrinário²²⁰, pode se dar de forma total (*overruling*), já debatido, ou parcial (*overriding*), já que para alguns doutrinadores ele não possuiria o viés de superação, correspondente ao atribuído ao *overruling*, aproximando-se da revogação parcial quando limita ou restringe determinado entendimento, vazado no respectivo precedente.

A alteração de entendimento de determinada questão jurídica pode-se dar de maneira paulatina, eis que, socorrendo-se do direito comparado (norte-americano), tem-se a possibilidade de antecipação da revogação de um precedente judicial por parte de uma Corte Superior (ou Suprema) por colegiados de justiça inferiores hierarquicamente (na verdade, seria mais uma orientação de potencial futura postura modificativa por parte dos tribunais superiores), denominado como *anticipatory overruling*, decorrente de sua provável revogação pela instância judicial competente, motivado pela alteração da composição da corte de vértice ou da percepção de ineficácia do precedente a ser revogado²²¹.

Visando, especialmente, a estabilidade e previsibilidade do ordenamento jurídico, tão caros à segurança jurídica, o atual processo civil dispõe dessa série de ferramentas, como visto no presente tópico, contudo, é preciso não descuidar do perigo do reflexo da alteração do posicionamento de uma decisão judicial na confiabilidade e calculabilidade (pressupostos de um sistema de precedentes), como muito bem pontuado por Humberto Ávila:

Em outras palavras, a mudança jurisprudencial provoca um *déficit* de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico: se a orientação jurisprudencial anterior não for mantida, haverá surpresa e frustração, abaladoras dos ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico; se a orientação jurisprudencial anterior for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito.²²²

Concluindo a incursão no assunto, imperioso uma análise mais detalhada acerca de institutos próximos aos precedentes judiciais, destacando-se a jurisprudência e as súmulas que, apesar de sua proximidade, guardam características que os distinguem.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

²²¹ ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 70.

²²² ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 479-480.

3.3.3.6 *Precedente Judicial não é Jurisprudência, Súmula ou Ementa*

O precedente judicial se distancia da jurisprudência no sentido de que, enquanto esta diz respeito à um conjunto de decisões, provenientes de uma diversidade de casos, aquele se restringe à uma única decisão, restrita à um caso particular, desde que este represente, por óbvio, a posição majoritária da corte de justiça em que é emanado²²³.

Jurisprudência, na pena de Miguel Reale, seria “*a forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais*”²²⁴.

Com a súmula (persuasiva ou vinculante) o precedente também não se confunde, eis que, por ser um mecanismo de facilitação de identificação da jurisprudência dominante, nada mais é do que o enunciado que destaca a *ratio decidendi* de determinado julgado, portanto, tendo como conteúdo obrigatório a situação fática do precedente que motivou sua criação²²⁵.

Em relação a (desvirtuada) prática deste instrumento de referência, pode-se afirmar que a súmula

[...] é uma barreira a novas interpretações reconformadoras dos precedentes além disso, a formulação da *holding* pelo próprio tribunal, sem a participação das cortes vinculadas em sua gênese, afasta de tal processo esta importante instância crítica, que lida, em seu dia-a-dia, com uma riqueza fática maior, e que poderia contribuir na definição da generalidade da norma.²²⁶

Por fim, por ser a ementa o resumo de uma decisão judicial, pode não contemplar todos os aspectos necessários para a formação da *ratio decidendi*, ou ainda, consignar matéria até mesmo estranha aquela, visto que os precedentes impõem a análise da integralidade dos julgados para que dela possa ser extraída a norma legal²²⁷.

²²³ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 137-138.

²²⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito (1973)**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

²²⁵ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 138-139.

²²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no - constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147-148.

²²⁷ PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 138-139.

Em outras palavras, a mudança jurisprudencial provoca um *déficit* de confiabilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico: se a orientação jurisprudencial anterior não for mantida, haverá surpresa e frustração, abaladoras dos ideais de estabilidade e de credibilidade do ordenamento jurídico; se a orientação jurisprudencial anterior for abandonada, a orientação jurisprudencial futura, pela desconfiança na sua conformação, não será mais calculável. A falta de proteção da confiabilidade (passada) compromete a calculabilidade (futura) do Direito.²²⁸

Apesar de suas sensíveis diferenças, tem-se que estes instrumentos processuais têm uma principal finalidade comum, traduzida na unidade (vinculação) do direito, fazendo com que sua interpretação, no cenário brasileiro, passasse por três etapas distintas:

[...] i) a uma, uma teoria cognitivista que visava à declaração da norma preexistente correta para a solução do caso concreto; ii) a duas, uma teoria cognitivista que visava à extração da norma preexistente justa para a solução do caso concreto; e iii) a três, uma teoria adscritivista que visa à outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica para prolação de uma decisão justa e para a promoção da unidade do direito.²²⁹

Apreendido, ainda que de forma sintética, em razão do tamanho e complexidade da matéria envolvendo a nova disciplina trazida com a promulgação do atual Código de Processo Civil, e com ela uma releitura de alguns fundamentos do direito pátrio, com destaque para o estudo das fontes jurídicas, já que elevados à categoria de fonte primária do direito, discurrir-se-á, no capítulo vindouro, a respeito da aplicação dessa teoria à prática jurídica, especialmente sua abrangência sobre o controle externo da administração pública no Estado contemporâneo, porém, com o foco centrado no alcance e otimização dos direitos fundamentais sociais, de maneira sustentável, buscando sanar lacunas deixadas pela lei em sentido estrito, vista de maneira estática, sob os auspícios do (praticamente, ultrapassado) positivismo jurídico.

²²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 479-480.

²²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão a vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

CAPÍTULO 3

4 SUSTENTABILIDADE SOCIAL COMO OBJETIVO A SER PERSEGUIDO

4.1 O ESTADO CONTEMPORÂNEO E O CONTROLE EXTERNO

Após mais detido estudo acerca dos ditames jurídicos capitulados pelo estudo dos precedentes judiciais e sua repercussão no ordenamento jurídico pátrio, importante destacar, com Nader, que esta “*visão do fenômeno jurídico não pode ser completa se não for acompanhada pela noção de Estado e seus fins*”²³⁰.

No contexto histórico, tem-se que o Estado, em síntese, avançou do Absolutismo para o Constitucionalismo, materializado na distribuição de poder em seu âmbito interno, não se olvidando que sua evolução não obedeceu à um curso uniforme, cronologicamente, sofrendo influências diversas em períodos diversos na história, mantendo-se a linha de raciocínio temporal para efeitos, acima de tudo, didáticos²³¹.

O Estado pode ser analisado sob três principais prismas, sendo o primeiro de natureza cultural, com enfoque para a expressão da civilização de cada época, legitimado por concepções filosóficas, sociais e jurídicas, distinguindo-se três principais períodos: Estado do Renascimento (séculos XV e XVI), Estado da Ilustração (séculos XVII e XVIII) e Estado do Romantismo (século XIX)²³².

Sob um segundo prisma, de ordem estritamente política e jurídico-positiva, o estudo do Estado centra-se em sua legitimação política, sua organização e limitação de seu poder. Os períodos de destaque cingem-se ao Estado estamental ou Monarquia limitada pelas

²³⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 129.

²³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 68.

²³² MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

ordens, Estado absoluto e Estado constitucional (Representativo ou de Direito)²³³.

No que tange à um terceiro, e último, prisma, de maior complexidade, une Direito, política e economia, abordando o Estado como decorrência da junção destas três variáveis, salientando que na evolução do Estado Moderno surgem quatro principais tipos de Estado: Estado de poder soberano, Estado comercial, Estado liberal constitucional e Estado nacional, sendo que este último, além de incorporar as características dos demais, ainda é orientado à democracia²³⁴.

Entendendo ser o Estado um produto da cultura humana, por ser criação do espírito humano, Silva arremata que este somente surgiu em decorrência da evolução da própria humanidade e, como consequência, surge em seu bojo um documento que lhe dá suporte – Constituição, ambos, concomitantemente, aparecendo e desaparecendo com as criações e destruições do próprio Estado, em suas mais diversas fases²³⁵.

Para fins da presente pesquisa, centrar-se-á no segundo prisma, ou seja, o tema Estado será abordado sob uma perspectiva estritamente política e jurídico-positiva.

Na Antiguidade vislumbrava-se sua identificação com a Cidade, marco inicial em que os poderes, personificados, seja pelo faraó, rei ou imperador, são condensados e irradiam seus efeitos aos povos dominados pela força, capitaneado pela vontade de um único titular, época em que havia explícita fusão entre o paço e o templo, a Monarquia e o Sacerdócio, o temporal e o espiritual, governo dos homens e poder divino, servindo de exemplos deste período as cidades de Nínive, Babilônia, Tebas, Persépolis, Esparta, Atenas, Roma e outras²³⁶.

Ainda na antiguidade, sob a roupagem de uma política de transição, pode ser vislumbrado o surgimento de um outro tipo de Estado – Estado Estamental (ou Monarquia limitada pelas ordens, ou Estado corporativo, ou ainda, Estado territorial institucional), o qual pode ser definido como produto da dualidade rei-estamentos, ou seja, em que pese os monarcas ostentarem a legitimidade e efetividade do poder central, têm de exercer suas

²³³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

²³⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

²³⁵ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 50.

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 37-38.

funções amparados nos estamentos (corpos organizados), servindo de elo de ligação entre o poder monarca e a sociedade no qual está inserido²³⁷.

Com a queda do Império Romano, a nova roupagem do Estado, agora na Idade Média cristã, se dá sob os ditames do Feudalismo, perpetuando a fusão entre política e religião, onde de um lado estaria a figura da autoridade temporal (monarca ou autoridade absolutista) e de outro a figura da autoridade espiritual, materializada na figura do Papa, em que pese a derrocada do Império Romano²³⁸.

O Estado Moderno, com o arrefecimento do Absolutismo e da confusão entre poderes materiais e espirituais (não suas totais erradicações), pode ser observável sob os mais diversos ângulos, sendo que, sob o ângulo da Soberania (“*poder supremo no plano interno*” e “*poder independente no plano internacional*”), pode ser constituído como

(1) *poder político de comando*; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (*povo* = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território. A soberania no plano interno (soberania interna) traduzir-se-ia monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Neste contexto se afirma também o caráter originário da soberania, pois o Estado não precisa de recolher o fundamento de suas normas noutras normas jurídicas. A soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência) é, por natureza, relativa (existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado), mas significa, ainda assim, a igualdade soberana dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).²³⁹

Após o abrandamento do Absolutismo, em fins do século XVIII e início do século XIX, vislumbra-se a ascensão ao poder, sob o prisma social, de uma nova classe, a Burguesia, bem como o pleno desenvolvimento de um modelo socioeconômico específico, materializado no Capitalismo, formando o eixo da corrente de pensamento (ideologia, filosofia e doutrina política) denominada Liberalismo (Estado Liberal), defensor de maior liberdade individual em face do Estado, valorizando a positivação jurídica em seu território (embrião do Estado de

²³⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27-28.

²³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 38-39.

²³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 90.

Direito), que deverá ter uma postura mais neutra, menos intervencionista²⁴⁰.

O Estado liberal é dinâmico, tendo como consequência o surgimento de um novo Estado, conforme leciona Bonavides, *in verbis*:

O Estado liberal não é estático, e evolui; a dinâmica política, sem eliminá-lo o substrato de liberdade, mas antes forcejando por ampliá-lo, faz nascer o Estado Social, o qual introduz nos artigos da Constituição os direitos sociais.²⁴¹

Para relevante parte da doutrina, Estado social (*Welfare State*, Estado Providência ou Estado do Bem-Estar Social), surgido em período de grande tensão mundial (primórdios da Primeira Guerra Mundial), sob os auspícios das Constituições do México (1917) e de Weimar/Alemanha (1919) pode ser tomado como sinônimo de Estado contemporâneo, elevando o signo da Igualdade como sua principal aspiração, é marcado pelo seu viés paternalista, altamente intervencionista, e ainda, pela hegemonia do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo na iniciativa legislativa, tendo o direito como uma de suas principais formas de comunicação, fragilizando a “*divisão democrática entre os Poderes*” e exigindo do Poder Judiciário uma nova postura como Instituição, traduzida em sua novel função de intérprete e aplicador das normas (que não se confundem, meramente, com os textos legais) aos casos controversos, além do papel de controle dos poderes políticos²⁴².

Tanto Estado liberal como Estado social seriam espécies do gênero do Direito Constitucional (surgido em mesma época e obedecendo, em parte, aos mesmos princípios do Estado Democrático²⁴³), pertinente a “segunda idade constitucional”, que se fez presente em três idades (épocas) distintas. A primeira idade refere-se ao momento constitucional mais incipiente, tendo como origem a Carta Magna de João-Sem-Terra (Inglaterra, século XIII) até o período revolucionário do século XVIII. A segunda idade constitucional, onde se desenvolveram os citados Estados liberal e social, diz respeito ao período iniciado com as grandes e históricas revoluções francesa, inglesa e norte-americana do século XVIII,

²⁴⁰ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. (2002), 1ª tir. Curitiba: Juruá, 2003, p. 89-90

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 47.

²⁴² ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e processo: Desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 39.

²⁴³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 197.

perdurando até fins do século XX²⁴⁴.

Fruto da derivação da junção do Estado de Direito e do Estado Social (*Welfare State* ou do Bem Estar), e sobre o influxo de um novo componente, sob o moderno signo da Igualdade – a Democracia, e ainda, como decorrência do desenrolar da história, nasce um novo Estado:

Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo. Todavia, algumas situações históricas produziram um novo conceito. O Estado Democrático de Direito, emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito, e, de outro, do *Welfare State*. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado do Bem-estar, construídos de há muito.²⁴⁵

Por derradeiro, teríamos ainda, estribado em Bonavides, uma terceira idade constitucional, nos seguintes termos:

Na fronteira da segunda com a terceira idade constitucional percebe-se a doutrina tendendo para um Estado de Direito, arrimado à promessa de fundar no século XXI a democracia participativa de todos os estamentos sociais e dos direitos fundamentais de todas as dimensões, democracia que abrangerá as duas grandes expressões da cidadania constitucional, constantes da Carta brasileira de 1988: a cidadania política e a cidadania social

[...]

Com esta, a nova teoria material da Constituição, em substituição da velha teoria formalista, proclama a normatividade dos princípios, recoloca na ordem jurídica, doravante em primeiro grau de positividade, valores que o positivismo clássico havia menosprezado, e com esse menosprezo os mandara para o campo abstrato e metafísico do direito natural.²⁴⁶

Além das idades de desenvolvimento constitucional, tem-se que o Estado Constitucional se desenvolveu, especialmente, através de três modalidades diversas, representadas pelo Estado constitucional da separação de Poderes (Estado Liberal), pelo

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 554-557.

²⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84-85.

²⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 557-558.

Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), e ainda, pelo Estado constitucional da Democracia participativa (Estado Democrático-Participativo), evidenciando o desenvolvimento dos estágios por que avançou o Estado²⁴⁷.

Para Pasold²⁴⁸, o período correspondente às idades constitucionais diz respeito ao marco inicial do chamado Estado Contemporâneo, entendendo-o como o “*espectro de variações dos diversos Estados que se apresentam na contemporaneidade, os quais, independentemente da motivação ideológica de suas Constituições*”, que desempenha uma função essencial, materializada na busca do bem comum do corpo político, elevando-o ao nível de “*instituição política suprema*”, servindo como instrumento de toda a sociedade e não apenas de uma pequena elite privilegiada.

Não se olvida que o mundo experimentou diversos movimentos globalizatórios, tais como a formação, através da dominação, de antigos impérios (Romano, por exemplo); também o movimento colonizador mundial, levado a efeito por países como Portugal, Espanha, França e Inglaterra; e, na atualidade, especialmente em fins do século passado, vivencia um novo modelo de globalização, com repercussão, inexcusável no âmbito dos Estados soberanos.

Sintetizando, de forma ímpar, o desenvolvimento deste último período de globalização por qual atravessa o planeta, Streck²⁴⁹, com muita felicidade, esclarece, amparado em especialistas no assunto, que o mundo é atingido, frontalmente, por uma onda desregulamentadora, sob o influxo da teoria (neo)liberal e do poder do capital sobre o poder político do Estado, implicando na rediscussão da relação Estado – Direito – Sociedade.

Para alguns especialistas, o atual movimento globalizatório está centrado no avanço da tecnologia da informação e, conseqüentemente, da circulação do capital em âmbito internacional, repercutindo na dificuldade de controle das finanças globais e em eventual exercício da soberania por parte dos Estados nacionais, implicando, em última instância, sua

²⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 47.

²⁴⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003, p. 34-36.

²⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 78-79.

extinção como forma de organização do poder político²⁵⁰.

Para Dallari, fruto da contrastante, frágil e inconsistente fundamentação, o suposto fenômeno da Globalização, lastreada primordialmente nas relações econômicas e atividades financeiras, não poderia ser vista como uma teoria, sendo, de outra senda, pelas expressões que lhe dão fundamento – mercado e liberdade econômica, meramente uma nova forma de denominação de conceitos ultrapassados – capitalismo e outras expressões de matiz político e sociais negativas²⁵¹.

Bonavides é mais enfático e preciso em relação ao tema, evidenciando o cruel lado da atual Globalização, que traz em seu bojo o (re)colonialismo, transformando o cidadão em consumidor, a sociedade em mercado, o Estado em capitania de um imprério, a Nação um amontoado de súditos e vassalos, a soberania mero resquício da ciência política, fomentando um processo econômico excludente, condenando ao desemprego uma grade massa, enfraquecendo o poderio vigente dos sindicatos²⁵².

E prossegue sua explanação informando que a estratégia da globalização seria a redistribuição de renda dos países periféricos, de economia emergente, para os grandes conglomerados empresariais internacionais, deixando aos países explorados um legado de altas cargas tributárias, insanas taxas de juros em seus mercados financeiros, que implicariam no confisco de renda nas nações menos abastadas e a volta ao colonialismo²⁵³.

No que toca ao presente trabalho, estritamente relacionado ao campo da proteção social a ser levada a efeito pelo Estado, tem-se que o Estado Providência (*Welfare State*) sofreu temperamentos, até mesmo em decorrência do movimento do capital internacional facilitado pela Globalização, e resultou na redefinição dos limites do Estado protetor,

²⁵⁰ TARZIA, Antonello. La constitución dolente. Um derecho constitucional-administrativo para los tiempos de la crisis **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Prefácio de Justo J. Reyna. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 164.

²⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277-278.

²⁵² BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 69.

²⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 71.

centrando seus esforços nos mais desprotegidos (trabalhadores assalariados, desempregados, excluídos, doentes, idosos em situação de risco social, inválidos), decorrentes da necessidade de otimização das despesas sociais decorrentes da contenção de despesas decorrentes do combalido cenário econômico mundial decorrente das séries crises que assolam o planeta, especialmente a partir da década de 1980²⁵⁴.

Essa limitação do Estado Providência (Social) teve relevante impacto na ideia de Solidariedade, que teve o desenvolvimento de seu princípio analisado em tópico precedente desta pesquisa, todavia, esta nunca manteve uma mesma lógica, eis que

Os sistemas de proteção social implantados com o Estado Providência jamais repousaram exclusivamente sobre uma lógica assecuratória: todos atribuíram um lugar, variável, à ideia de solidariedade, que implica a assunção de certos riscos sociais pelo conjunto da coletividade, através de um mecanismo pelo tributo; [...]²⁵⁵

Assunto intrínseco ao próprio Estado, tem-se que o embrião de sua organização, em resposta ao legado dos modelos absolutistas, objetivando, acima de tudo, o controle do poder, antes centralizado na mão de uma única autoridade pode ser creditado, especialmente, à Rousseau (*Contrato Social*) e Montesquieu (*Espírito das Leis*), transformando o súdito em cidadão²⁵⁶.

Para que se evitasse a tirania, o abuso de poder, tão comum nas idades mais antigas, não bastaria, contudo, a pura concepção de separação dos poderes, mas que a mesma viesse amparada por garantias:

Nesse passo, é importante sublinhar a fundamentalidade da questão do asseguramento das garantias, ao lado da separação dos poderes. No período iluminista, amadureceu a concepção legalista do direito, com a prevalência do direito escrito, havido como uma conquista na superação dos ordenamentos costumeiros. A lei escrita garantiria a estabilidade das normas e seu conhecimento. Daí definir-se o *princípio da legalidade* como a primeira garantia do direito público moderno ou contemporâneo. E, por essa razão, a Declaração dos Direitos vinculava à própria noção de Constituição à

²⁵⁴ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 77-79.

²⁵⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 77.

²⁵⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 87.

divisão dos poderes e o asseguramento das garantias.²⁵⁷

Montesquieu, em sua obra “Espírito das Leis”, a qual versa acerca da análise da Constituição Inglesa, vivenciando um cenário revolucionário (Revolução Francesa), não professou uma divisão rígida, estanque, entre os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), antes, o cerne de sua obra defendia uma interferência, salutar, entre os poderes institucionais, com o fim de regulações (controles) recíprocas, mais conhecido como sistema de freios e contrapesos²⁵⁸.

Abreu, continuando sua exposição, leciona que, com o desenvolvimento da teoria de Montesquieu por doutrinadores mais modernos (contemporâneos), além das funções (poderes) tradicionais – legislativa, executiva e judiciária, surgiria uma nova e indispensável função a ser desenvolvida no âmbito do Estado, atinente ao preconizado “sistema dos freios e contrapesos”:

Além da teoria clássica, proposta por Montesquieu, a doutrina contemporânea tem reconhecido também como essencial a função de controle. Assim, além do poder de julgar, de legislar e de administrar, haveria igualmente o poder de controlar que, para Karl Loewestein, é fundamental para a teoria do poder. E nesse caso, sobreleva, inclusive, o controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

[...]

No Brasil, a função de controle tem assento constitucional, repartida por vários órgãos estatais. É o caso da atuação do Tribunal de Contas e do Ministério Público, com maior relevo nas Cortes Constitucionais, exercitada sobre os atos do Executivo, do Judiciário nas decisões judiciais e do Legislativo na elaboração das leis. [...] ²⁵⁹

A concentração do poder político, como muito bem demonstra a história, é prejudicial e frontalmente conflitante com o Estado Democrático/Constitucional de Direito, já que permite o surgimento do abuso de poder, da corrupção e, com isto, a deturpação da relação detentores *versus* destinatários do poder, demandando ações efetivas de controle

²⁵⁷ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 87.

²⁵⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 88.

²⁵⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 95-96.

(externo da Administração Pública) por parte do Estado organizado²⁶⁰.

Da análise, um pouco mais aprofundada, do próprio Estado, é facilitado o estudo de suas funções clássicas (Executiva, Judiciária e Legislativa), bem como do acréscimo de outra função fundamental – controle (que para fins deste trabalho científico ficará restrito ao âmbito da Administração Pública), e ainda, de seu documento de suporte – Constituição, bem como dos movimentos teóricos que buscam respostas apropriadas à sua evolução, destacando-se, não se olvidando o seu elemento controverso, inclusive em relação à sua própria denominação, o estudo do Neoconstitucionalismo ou, para alguns, Neoconstitucionalismos.

²⁶⁰ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2 ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1979, p. 29.

4.2 A INFLUÊNCIA DO(S) NEOCONSTITUCIONALISMO(S)²⁶¹

²⁶¹ Não se olvida as críticas tecidas em relação ao tema, destacando-se dentre os doutrinadores, Manuel Atienza que, manifestando-se contra o termo, entendendo ser melhor expresso por termos menos ambíguos como “constitucionalismo teórico”, “pós-positivismo” ou “constitucionalismo pós-positivista”, baseando sua convicção, dentre outros argumentos, pela preferência estampada nesta teoria em relação aos princípios (moral) e sua regra de ponderação, em detrimento das regras e sua regra de subsunção, preferência pelo Poder Judiciário em confronto com o Poder Legislativo (o que poderia dar ensejo ao fenômeno do ativismo judicial), Constituição como substituta da lei (infraconstitucional. E, concluindo seu pensamento, arremata que os efeitos da constitucionalização dos direitos nos diversos Estados se lastreariam em duas principais correntes: as que se posicionam pela desnecessidade de um novo paradigma teórico (normativistas) e outra corrente se posicionando pela necessidade de um novo paradigma teórico, que pode ser dividida em 1) constitucionalistas positivistas; 2) constitucionalistas pós-positivistas; 3) neoconstitucionalistas; e 4) constitucionalistas jusnaturalistas. Por fim, relaciona as principais características de sua doutrina do Direito, como sendo 1) constitucionalista; 2) não positivista; 3) baseada na não separação entre Direito e Moral; 4) de objetivismo moral mínimo; 5) importância dos princípios; 6) ponderação; 7) papel ativo da jurisdição; 8) caráter argumentativo do Direito. Em muito apertada síntese, este o posicionamento defendido pelo autor da escola de Alicante. (in ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, nº 2, jul/dez 2014. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1042>. Acesso em 10 Ago. 2017).

Além desta crítica, o termo Neoconstitucionalismo também teria sofrido, especialmente, mais duas objeções para seu uso. A primeira crítica a sua utilização diria respeito a seu viés judicialista, o que, supostamente, atentaria contra a própria Democracia e, como última objeção para seu uso, teríamos o risco da ocorrência de uma “panconstitucionalização” do Direito, em (suposto) flagrante conflito com as autonomias, primeiro, pública do cidadão e, também, a privada do indivíduo.

Contudo, em que pese os respeitáveis argumentos e o indiscutível prestígio que gozam seus defensores na doutrina jurídica mundial, com todo respeito, deste pensamento não se comunga. Na esteira do que leciona Sarmento, tem-se que, a iniciar-se, pela crítica do pendor judicialista e antidemocrático da corrente neoconstitucionalista, no sentido de que os magistrados não teria o respaldo popular, a contrário do que ocorre com os membros dos Poderes Legislativo e Executivo, em respeito ao princípio majoritário, todavia, este princípio sofre temperamentos, já que as regras do jogo democrático contemplariam a cobertura de direitos básicos, almejando-se a igualdade dos cidadãos na esfera pública e, ainda, a devida proteção às minorias. Cumpre ressaltar que a própria norma constitucional, além de vedar uma participação mais abrangente do futuro legislador em determinados casos, também, ante a vagueza e caráter aberto de relevante parte do conteúdo de suas normas, impõe a participação de outros atores democráticos (Poder Judiciário) em sua criação, visto que a norma seria o resultado da interpretação e aplicação do texto legal ou constitucional. Impende, também, salientar que em virtude da transgressão de direitos, especialmente os fundamentais, de alguns segmentos da população brasileira, e ainda, na mesma sintonia do pensamento de Abreu (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 211-230), da série crise enfrentada pela democracia representativa, da qual o Poder Legislativo seria um de seus expoentes, justificando, em certas demandas, a prática do ativismo judicial verificada em território nacional. Porém o autor faz uma importante ressalva quanto a limitação da intervenção do Poder Judiciário, sob pena de risco do surgimento de uma ditadura da toga, tão prejudicial como a ditadura da farda.

Outro ponto que merece destaque, cinge-se a crítica capitaneada, dentre outros, pelo professor Manuel Atienza, em relação a preponderância dos princípios e sua devida aplicação em detrimento das regras, supostamente pregada pela corrente neoconstitucionalista, contudo, com foco na lição de Sarmento, vislumbra-se que, em que pese a ocorrência de desvios observáveis na prática jurídica, o Neoconstitucionalismo prega, em consonância com os ditames do tópico precedente, a racionalidade e necessidade de fundamentação na aplicação dos princípios constitucionais, bem como, não despreza as regras, antes valoriza sua aplicação em conjunto com àqueles.

No que tange à última objeção à corrente neoconstitucionalista, no que tange a possibilidade de panconstitucionalização dos direitos, já que referida teoria estribar-se-ia no fundamento de que os direitos constitucionalizados se irradiariam por todo o ordenamento jurídico, contribuindo para

Finda a segunda grande guerra, vislumbrou-se a derrocada do modelo jurídico proposto pelas nações adotantes do sistema *civil law*, de índole manifestamente positivista, embaralhando conceitos como lei e justiça, amordaçando os juristas que lá labutam, aproximando-se de extremistas como os fascistas ou nazistas, ensejando a imprescindibilidade de um novo modelo de constitucionalismo, lastreado no conceito (jusnaturalista) de dignidade humana, sob os auspícios de diplomas internacionais”²⁶².

Assim como expresso por Canotilho²⁶³, quando de sua fala a respeito do Constitucionalismo, moderno (especialmente a partir de meados do século XVIII), o qual se opõe ao denominado constitucionalismo antigo, lecionando não haver apenas um único Constitucionalismo, mas vários, espalhados por todo o planeta, em decorrência dos vários “*movimentos constitucionais*”, ora dispersos, ora aproximados, Carbonell²⁶⁴, provavelmente seu principal idealizador e defensor da ideia de referida teoria ainda estar em construção, e Sarlet²⁶⁵, em território nacional, visualizando a evolução desta teoria, se manifesta no mesmo sentido em relação ao Neoconstitucionalismo, consensualizando o entendimento de não haver singularidade, mas pluralidade de neoconstitucionalismos (especialmente no período do pós-guerras mundiais).

Para Comanducci, com o objetivo de prevenir ambiguidades inerentes ao duplo significado de ambos os termos, Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo podem ser

aproximá-los dos valores emancipatórios das constituições da atualidade. Contudo, urge salientar que “a constitucionalização do Direito de que cogita o neoconstitucionalismo não é aquela que resulta do caráter excessivamente analítico da Constituição, e leva ao entricheiramento de meras opções conjunturais do constituinte originário ou derivado, despidas de maior importância ou dignidade”, mas, antes, “a constitucionalização louvada e defendida pelo neoconstitucionalismo é aquela que parte de uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional”. O ponto central cinge-se nos limites de referida constitucionalização de direitos, equilíbrio este defendido pela tese neoconstitucionalista, visando, acima de tudo, o pleno desenvolvimento democrático, porém, com a ciência de que direitos fundamentais não se voltam apenas contra o Estado, mas interpenetra nas relações público e privadas dos próprios indivíduos/cidadãos. (in SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 255-270).

²⁶² HERZL, Ricardo Augusto. **Crítica Hermenêutica do Direito Processual Civil**: Uma exploração filosófica do Direito Processual Civil Brasileiro em tempos de (crise do) protagonismo judicial. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2016.

²⁶³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-52.

²⁶⁴ CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 9.

²⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010, p. 13.

abordados através de duas principais formas, a primeira seria que ambos seriam uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de análise do direito, e um segundo enfoque corresponderia à certos elementos estruturais de um sistema jurídico e político, sendo que, apenas o Neoconstitucionalismo pode ser concebido como doutrina a ser oposta em relação à dominante teoria positivista de fins do século XIX à metade do século XX²⁶⁶.

Um dos principais focos do Neoconstitucionalismo restringe-se à valorização do Poder Judiciário, todavia não descurando da importância dos demais, entendendo ser este poder o responsável pela materialização dos ideais emancipatórios propagados pelas hodiernas cartas constitucionais, eis que responsável pela parametrização de valores abertos e vagos fomentados pelos princípios e direitos fundamentais constantes de seus conteúdos, porém, ao contrário do que proclama a crítica doutrinária, valendo-se de um critério racional e fundamentado de análise²⁶⁷.

Na mesma quadra, Bonavides exprime que o neoconstitucionalismo do século XXI aplica uma nova materialidade constitucional, composta por princípios e das cinco gerações de direitos fundamentais, ampliando o conteúdo preconizado pela tradicional Escola de Zurich ou pelo constitucionalista italiano Constantino Mortati, acrescentando o elemento principiológico, que o distingue das teorias constitucionais tradicionais²⁶⁸.

Em que pese a extrema similitude de pensamento com Atienza²⁶⁹, já que ambos se amparam na lição de Pietro Sanchís²⁷⁰ a respeito das objeções opostas ao Neoconstitucionalismo, discutidas, nesta pesquisa, na nota explicativa ao título do presente tópico, e derivadas de seu entendimento a respeito da valorização dos princípios em detrimento das regras, do expressivo aumento de abrangência das normas constitucionais em eventos privados de menor relevância, da elevação do Poder Judiciário ao centro de interesse

²⁶⁶ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 75-76, 82-83.

²⁶⁷ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 256-258.

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015, p. 558.

²⁶⁹ ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, nº 2, jul/dez 2014. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1042>. Acesso em 10 Ago. 2017.

²⁷⁰ SANCHÍS, Luis Pietro. "Neoconstitucionalismo". In: CARBONELL, Miguel (coord.), **Diccionario de Derecho Constitucional**. México: Editorial Porrúa/UNAM, 2002, p. 420.

do debate constitucional, e ainda, da coexistência de valores contraditórios no lugar de um único viés ideológico representado por princípios coerentes entre si, Silva, mesmo que manifestando-se pela incerteza de seu conteúdo, não nega sua relevância, ainda que se posicione por sua negação como teoria constitucional, compactuando pelo entendimento de um novo momento do constitucionalismo²⁷¹.

Em que pese a controvérsia a respeito da nomenclatura do atual estágio do direito constitucional, não remanescem dúvidas a respeito de sua evolução, transcendendo os espaços dos Estados soberanos, vistos isoladamente, já que

Assim se assiste ao surgimento de uma Constituição supranacional, da Constituição Europeia, e à incorporação de normas próprias do direito internacional nas constituições nacionais, quando se passa a falar em constitucionalização do direito internacional e na internacionalização do direito constitucional. Mais, hoje é possível pretender uma Constituição mundial, quando se trata do respeito aos direitos humanos em um espaço amplo, diferente do território de um Estado nacional.²⁷²

Discorrendo acerca da dinamicidade do estudo do direito constitucional, Silva, independentemente do *nomen iuris* da teoria ora em debate, ainda expõe que

Enfim, o constitucionalismo não é estático, mas como todo conceito histórico, ele é dinâmico e se enriquece cada vez que novos direitos fundamentais são incorporados na constituição. Primeiro, pelo visto, *constitucionalismo liberal*, cujo sistema constitucional tinha por objeto imediato a proteção dos direitos de liberdade; depois, *constitucionalismo social*, quando se incorporam nas constituições os direitos econômicos, sociais e culturais; e agora, com a incorporação de novos direitos fundamentais, que, como se verá, são direitos solidários, chegamos ao *constitucionalismo solidário*.²⁷³

Como visto, dentre os tópicos de atenção da evolução do estudo constitucional (Neoconstitucionalismo) está a preocupação com os direitos fundamentais insculpidos na CRFB, de todas as dimensões, ganhando relevo, na presente pesquisa, os direitos fundamentais sociais, em decorrência, especialmente, de serem estes decorrentes de uma ação afirmativa/positiva do Estado.

4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 72-73.

²⁷² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 57.

²⁷³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 57.

Para maior compreensão do tema Direitos Fundamentais, se faz premente entender sua natureza jurídica. Alexy, apoiado em outros doutrinadores, sob uma perspectiva ético-filosófica, busca respostas para questões básicas que justifiquem a titularidade e a qualidade dos direitos subjacentes ao ser humano (direitos subjetivos)²⁷⁴.

Aprofundando sua análise, amparado em Immanuel Kant²⁷⁵, busca responder aos questionamentos formulados no parágrafo antecedente, ao lecionar que a liberdade (individual), desde que possa coexistir com a liberdade alheia, a ser regrado por uma lei geral, seria o direito universal, único e original, em decorrência da própria humanidade de seus beneficiários²⁷⁶.

Reflexo destas constatações, na visão de Alexy, é a conclusão de que

[...] a dogmática dos direitos fundamentais, tanto quanto a dogmática jurídica em geral, é uma disciplina tridimensional e que uma de suas dimensões diz respeito a questões normativas. Por isso, o objeto da questão ético-filosófica pode desempenhar um papel também no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais. A diferença entre questões ético-filosóficas e jurídico-dogmáticas está no fato de que estas últimas dizem respeito àquilo que é válido no sistema jurídico, enquanto as primeiras podem ser suscitadas independente desse sistema.²⁷⁷

O termo direitos fundamentais tem implicação direta com o termo Direitos humanos, que devido a sua vaguidade e ambiguidade, é constantemente relacionado e confundindo com outros conceitos afins, ora entendendo-os como sinônimos, ora retratando um eventual afastamento.

Além do íntimo relacionamento com o Direito Subjetivo, Peres Luño entende que os Direitos Humanos que este termo, em decorrência de sua realidade, está umbilicalmente relacionado a conceitos relacionados aos Direitos Naturais, Direitos Fundamentais, Direitos Individuais, Direitos Públicos Subjetivos, Liberdades Públicas, dentre outros que, porventura,

²⁷⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

²⁷⁵ Cf. Immanuel Kant. *Metaphysik der Sitten* (Akademie-Ausgabe), in *Kant's gesammelte Schriften*, v. VI, Berlin: Reimer, 1907/114, p. 237, e *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in *Kants gesammelte Schriften* (Akademie-Ausgabe), v. IV, Berlin: Reimer, 1903/1911, pp. 446 e ss.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

²⁷⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 181.

possam vir com este se relacionar²⁷⁸.

Para efeitos da presente pesquisa restringir-se-á ao relacionamento entre os termos direitos humanos e direitos fundamentais.

Luño leciona, ainda que não haja consenso na doutrina, que os direitos fundamentais poderiam ser conceituados como direitos humanos positivados em nível interno das nações, através de suas cartas constitucionais, assim como pretendeu a *Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950*, em que pese não ser possível, através de sua leitura, deduzir algum critério válido que permita distinguir, com extrema precisão, ambas as expressões²⁷⁹.

No mesmo sentido, acerca da aproximação linguística dos termos supracitados, todos relacionados ao conceito de direitos humanos, Peces-Barba se manifesta pela dificuldade decorrente da heterogeneidade terminológica dos termos correlatos, onde estes são frutos do contexto histórico e cultural em que se desenvolveram, legado de interesses, ideologias, podendo ser revestidas, ainda, por posições científicas ou filosóficas de fundo²⁸⁰.

Direitos do homem (ou direitos humanos), ministra Alexy, são constituídos por cinco características principais, quais sejam, a) o seu caráter universal; b) a fundamentalidade de seu objeto; c) abstratividade; d) moralidade; e) prioridade perante o direito positivo (maior grau de coercibilidade). E, como o grande problema dos direitos humanos é a sua impositividade o mesmo, no cenário interno (Estados soberanos), é resolvido (ao menos abrandando), com sua positivação nas mais diversas constituições, traduzindo-se em direitos fundamentais, sendo esta ocorrência considerada como a principal conexão entre ambos os direitos²⁸¹.

Em território brasileiro, com a assunção da Constituição Federal de 1988, tem-se que, logo após a enunciação dos princípios e objetivos fundamentais, dentre os quais o

²⁷⁸ LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho e constitucion**. 9ª ed. Sevilla: Tecnos, 2005, p. 31/32.

²⁷⁹ LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho e constitucion**. 9ª ed. Sevilla: Tecnos, 2005, p. 32/33.

²⁸⁰ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General**. Colaboración de ROIG, Rafael de Asís; LIESA, Carlos R. Fernandez; CASCÓN, Ángel LLamas. 1ª Reimpresión: Febrero, 1999. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999, p. 22.

²⁸¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 94/96.

princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizado como fundamento da República Federativa do Brasil, foram (formalmente) estabelecidos diversos direitos fundamentais (mais de uma centena) em seu Título II, o qual trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, tanto os individuais e coletivos como os sociais, até para que seja preservada sua efetividade²⁸².

Resta imprescindível uma apreensão mais segura do que seja, materialmente falando, direitos fundamentais, pois são os únicos que justificam uma intervenção mais incisiva do Poder Judiciário sem que possa lhe ser atribuído a pecha de intervenção antidemocrática, decorrente do fato de invadir território em que deva reinar o princípio majoritário e a soberania popular, ingredientes inalienáveis de um conceito mínimo de democracia²⁸³.

No mesmo sentido, em plano internacional, os tratados de proteção dos direitos humanos possuem natureza especial em relação aos tratados clássicos, abordando outras matérias, já que impõem aos Estados (quaisquer) um comando de obediência e, conseqüentemente, respeito às pessoas sob sua jurisdição, o que diverge dos demais, que apenas obrigavam os Estados partes do respectivo tratado²⁸⁴.

Em que pese os conflitos doutrinários no que tange aos termos direitos individuais e direitos fundamentais, no presente trabalho de pesquisa utilizar-se-á ambos como sinônimos, sob o rótulo de direitos fundamentais²⁸⁵.

Sob uma perspectiva histórica, tem-se que o termo direitos fundamentais, como conceito, tem sua origem relativamente recente, podendo mesmo ser considerado como um conceito próprio do mundo moderno (mais especificamente a partir do Renascimento), em que pese sua base teórica, marcada, dentre outros, pela dignidade da pessoa humana, pela liberdade ou pela igualdade, remontarem, de maneira isolada, à época de Platão, Aristóteles

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.16.

²⁸³ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

²⁸⁴ GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 12.

²⁸⁵ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 82.

ou São Tomás de Aquino²⁸⁶.

As mudanças impulsionadas nos cenários econômico e social que dariam ensejo ao surgimento do capitalismo, e com este de uma classe francamente em ascensão, a burguesia, o surgimento da figura do Estado, mudanças de mentalidade provocadas por humanistas e pela Reforma, impulsionadoras do individualismo, racionalismo, naturalismo e do processo de secularização – a mudança na ciência e o novo sentido do Direito foram o terreno fértil para o nascimento dos direitos humanos²⁸⁷.

Pisarello, crítico da história do Direito, bem como da Sociologia Jurídica, no que tange a matéria tratada neste tópico, por entender que seus pressupostos tendem a serem restritivos, excludentes e deterministas, avaliando que ambas as disciplinas, embasadas em boa parte de seus doutrinadores clássicos, ao tratarem, através de uma cronologia histórica, do surgimento dos direitos fundamentais, tendem a depreciar a importância dos direitos fundamentais sociais, eis que primeiro elencam o surgimento dos direitos civis e políticos (liberdade), para só, posteriormente, na segunda metade do século XX, após satisfeitos os primeiros, ganharem reconhecimento os direitos fundamentais sociais (igualdade)²⁸⁸.

Contudo, em sentido contrário ao acima explanado, fazendo-se uma retrospectiva histórica acerca do surgimento e efeitos das (tentativas) práticas de efetivação dos direitos fundamentais sociais, tem-se que²⁸⁹:

²⁸⁶ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General.** Colaboración de ROIG, Rafael de Asís; LIESA, Carlos R. Fernandez; CASCÓN, Ángel LLamas. 1ª Reimpresión: Febrero, 1999. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999, p. 113.

²⁸⁷ MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General.** Colaboración de ROIG, Rafael de Asís; LIESA, Carlos R. Fernandez; CASCÓN, Ángel LLamas. 1ª Reimpresión: Febrero, 1999. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999, p. 114.

²⁸⁸ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías.** Elementos para una reconstrucción, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 19.

²⁸⁹ "A verdade, porém, é que a história moderna dos direitos sociais em um "longo século", começando com as grandes revoluções sociais em meados do século XIX, se estende, de maneira vigorosa, no último terço do século e se estabiliza após a segunda guerra Mundial do século XX. Junto com isso, propriamente falando, é possível detectar também uma rica "pré-história" rica, tanto de políticas institucionais voltadas para a resposta a situações de pobreza e exclusão social como lutas pela sobrevivência e seguridade material. Esta pré-história remonta a muito antes do surgimento do Estado moderno e guarda um certo ar familiar com algumas reivindicações contemporâneas em matéria de direitos sociais.

Tanto na antiguidade como na Idade Média, em verdade, existiram diferentes mecanismos institucionais, ainda que não necessariamente estatais, destinadas a atenuar situações de pobreza generalizada e para ajudar a maioria dos necessitados coletivos. Às vezes, esses mecanismos

[...] Lo cierto, sin embargo, es que la historia moderna de derechos sociales se inscribe em um “largo siglo” que comienza com las grandes revoluciones sociales de mediados del siglo XIX, se extiende de manera vigorosa em el último tercio de esse siglo y se estabiliza tras la segunda posguerra del siglo XX. Junto a esta “historia” propriamente dicha es posible detectar, asimismo, una rica “prehistoria”, tanto de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social como de luchas por la subsistência y la seguridade material. Esta prehistoria se remonta a mucho antes del surgimento del Estado moderno y guarda um certo aire de família con algunas reivindicaciones contemporáneas en materia de derechos sociales.

Tanto em la antigüedad com en el medievo, em efecto, existieron diferentes mecanismos institucionales, aunque no necesariamente estatales, orientados a paliar situaciones extendidas de pobreza y a asistir a los coletivos más necesitados. Em ocasiones, estos mecanismos podían tener un sentido democratizador e igualitario, como ocurría con las ayudas que garantizaban, en la polis ateniense, el acceso a baños públicos, a la cultura o al ejercicio mismo de la participación política, o con las primeras leyes agrarias y de granos que aseguraban el acceso a la tierra o a una cantidad mínima de alimentos en la Roma republicana. Otras veces, en cambio, el objetivo de estas políticas sociales era resolver de manera autoritaria situaciones de exclusión, disciplinando a las clases más vulnerables y obligándolas a reincorporarse a relaciones de exploración laboral. Éste era el sentido, por ejemplo, de las “leys de pobres” que, implantadas en el medievo tardío o en los inicios del capitalismo, pretendían sustituir el viejo concepto de “caridade” y “beneficencia” por el de “reeducación para el trabajo”, esto es, por un tipo de actuación estatal que fuera, al mismo tempo, de asistencia y de represión.²⁹⁰

Discorrendo acerca da positivação dos direitos fundamentais sociais (ou direitos a prestações), ao lado dos direitos econômicos e culturais, por intermédio da análise das constituições portuguesa e espanhola (a brasileira não é muito diferente), Canotilho leciona haver várias possibilidades de positivação jurídico-constitucional dos supracitados direitos:

- 1) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, sob a forma de *normas programáticas* definidoras de tarefas e fins do Estado (*Staatsziebestimmungen*) de conteúdo eminentemente social;

poderiam ter um sentido democratizante e igualitário, como acontecia com a ajuda garantida nas polis ateniense, acesso a banheiros públicos, a cultura ou o mesmo exercício de participação política, ou as primeiras leis agrárias e grãos que garantiram a acessibilidade à terra ou uma quantidade mínima de alimentos em Roma republicana. Outras vezes, no entanto, o objetivo dessas políticas sociais foi autoritariamente resolver situações de exclusão, disciplinamento as classes mais vulneráveis e forçando-os a reincorporarem-se a relações de exploração laboral. Este foi o sentido, por exemplo, das “leys de pobre”, que importadas, tardiamente, da Idade Média, ou no início do capitalismo primitivo, pretendiam substituir o antigo conceito de “caridade” e “bem-estar” pelo de “reeducação para o trabalho”, isto é, por um tipo de ação do estado que era, ao mesmo tempo, de assistência e repressão.” (tradução livre).

²⁹⁰ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción, Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 19/20.

- 2) positivação dos direitos econômicos, sociais e culturais, na qualidade de *normas de organização* atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes nos planos econômico, social e cultural;
- 3) positivação dos “direitos sociais”, através da consagração constitucional de *garantias institucionais* (*Institutionnelle Garantien*), obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adoptar medidas estritamente conexas com o “valor social eminente” dessas instituições;
- 4) positivação dos direitos sociais como *direitos subjectivos públicos*, isto é, como direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos.²⁹¹

Em apertada síntese, estas as linhas gerais disciplinadoras dos direitos fundamentais sociais, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas, singelamente, de colher os subsídios mínimos para o estabelecimento de parâmetros, diretrizes, par o alcance da sustentabilidade social.

Contudo, não há que se olvidar que outras variáveis (de índole econômica ou política, por exemplo) podem interferir neste objetivo, contudo, há que se lutar por um mínimo existencial em matéria de direitos.

4.4 GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

No período do Pós-Guerra, no início da década de 1950, na Alemanha, já se discutia a plausibilidade de que fosse garantido, de forma positiva, o reconhecimento do direito subjetivo à recursos mínimos para uma existência digna, já que o princípio da dignidade da pessoa humana só seria satisfeito, além da garantia da liberdade (proibição de destruição da existência), com a garantia de um mínimo de segurança social.

Referida situação levou, em um primeiro momento, o Tribunal Federal Administrativo a reconhecer à indivíduos carentes a prestação de auxílio material por parte do Estado (direito a prestações no âmbito da assistência social) e, posteriormente, o Tribunal Constitucional Federal alemão, explicitamente, encampar o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna, com *status* constitucional, visando a facilitação da integração de seus beneficiários à comunidade, constituindo o substrato do princípio do

²⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 37-38.

Estado Social de Direito²⁹².

Os argumentos morais de sustentação da obrigação do Estado em ofertar condições materiais mínimas de vida aos mais necessitados seriam a própria garantia da liberdade real (neste sentido John Rawls, Amartya Sen, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres) ou a proteção dos pressupostos da democracia (são defensores deste argumento Jürgen Habermas e Friedrich Müller), ambos os argumentos são instrumentais, e, por derradeiro, o atendimento das necessidades humanas materiais seria uma exigência autônoma, ou um fim em si mesmo (esta corrente conta com defensores como Ernst Tugendhat e Paulo Gilberto Cogo Leivas), este último argumento de natureza não instrumental²⁹³.

Este último argumento moral (não instrumental) estaria umbilicalmente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em território pátrio, em que pese o inicial desinteresse dos doutrinadores nacionais, tem-se que as doutrinas de base do mínimo existencial foram reproduzidas a partir do final da década de 1990, com abrangência, principalmente, sobre os campos da filosofia política e do direito, decorrentes da influência de autores como Rawls, Habermas e Alexy, resultando em alguns posicionamentos no sentido de não diferenciar, sob o enfoque econômico, direitos fundamentais de direitos sociais, já que ambos oneram o Estado.

Cuidou-se, também, de aliar a excepcionalidade de não atendimento à um direito fundamental à sua gradativa essencialidade; de entender sua composição material como formada, essencialmente, de quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça; e ainda, da indissociabilidade entre direitos fundamentais e ação positiva e onerosa por parte do Estado²⁹⁴.

Sarlet, além de conceituar o termo mínimo existencial como *“todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no*

²⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 20-21.

²⁹³ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 202-203.

²⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 69-71.

sentido de uma vida saudável”²⁹⁵, leciona que o conteúdo do mínimo existencial, atrelado ao princípio da dignidade humana, com assento no direito constitucional brasileiro, não se resume, tão só, à garantia da simples sobrevivência do cidadão, mas, antes, o atendimento da plena fruição dos direitos fundamentais.

Com isto, é proporcionado, como consequência, o desenvolvimento integral da própria personalidade, sendo que a previsão constitucional de direitos sociais implica na necessidade de sua interpretação a luz do próprio mínimo existencial, que, para alguns doutrinadores, nada mais seria que não o núcleo essencial daqueles direitos, todavia, para este doutrinador, o conteúdo relacionado a dignidade da pessoa humana não poderia ser traduzido deste maneira, eis que nem todos os direitos fundamentais seriam lastreados no princípio da dignidade da pessoa humana²⁹⁶.

Em que pese sua denominação, o termo não é mensurado por um critério quantitativo (o que, em tese, possibilitaria a compreensão do conceito de máximo existencial), mas qualitativo, não contando com um conteúdo específico, variável de acordo com o contexto social no qual está inserido, podendo abrigar os mais diversos direitos, restando imune à intervenção do Estado.

O objetivo a ser alcançado pelo mínimo existencial está compreendido em diversos princípios constitucionais, como o da igualdade (que milita contra a desigualdade social, materializada na pobreza absoluta) e o da dignidade da pessoa humana, bem como consectário do Estado Social de Direito (*Welfare State*) e dos diversos direitos fundamentais, ainda que não originariamente fundamentais (alimentação, saúde e educação, a título de exemplos)²⁹⁷.

Paralelo a incessante busca pelo mínimo existencial, impulsionada pelos ditames do Estado Social (ou Constitucional) de Direito, deve-se, com o mesmo ardor, lutar pela tutela

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 25.

²⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 21-22, 25-26.

²⁹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Número 177, jul-set 1989, p. 29-32. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>.

do princípio, predominantemente de índole negativa, da Proibição de Retrocesso Social.

Em que pese a complexidade desta temática, tem-se que a proibição de retrocesso social está atrelada aos direitos sociais já implementados em textos legais, vinculando, desta feita, o legislador aos direitos fundamentais, merecendo de Mendes uma mais aprofundada reflexão:

Aspecto polêmico referido à vinculação do legislador aos direitos fundamentais diz com a chamada proibição de retrocesso. Quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações.²⁹⁸

Quanto à sua natureza, prevalentemente de caráter negativo, não há que se olvidar que a mesma também contempla elemento de caráter positivo

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social, está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização a medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social.²⁹⁹

Intimamente ligado a tutela dos direitos fundamentais (direitos sociais), Canotilho, buscando sua aplicação ao caso concreto, leciona que

Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reaccionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido).³⁰⁰

Portanto, em que pese sua denominação em sentido negativo, vazada no termo

²⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

²⁹⁹ DERBLI, Felipe. **O Princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 202.

³⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 113.

proibição de retrocesso, denominado princípio vai além, buscando uma evolução nas conquistas dos direitos sociais.

Contudo, a concretização dos direitos sociais tem um relevante custo financeiro, em contraste com os poucos recursos disponíveis e elencados em peça jurídica específica, impondo aos administradores públicos, quando da formulação de suas políticas sociais a devida atenção às reais possibilidades econômicas.

4.5 RESERVA DO POSSÍVEL

A análise econômica do direito, especialmente sob um viés pragmático, onde se busca, incessantemente, a “maximização racional da utilidade”³⁰¹, não pode ser negligenciada no estudo da concretização dos direitos (fundamentais) sociais por parte do Estado (Social ou Constitucional) Democrático de Direito, em face da importante equação custo x benefício, já que busca o maior nível possível de concretização dos reclames sociais, porém, tem como severo limitador os recursos financeiros disponíveis, restrição acentuada em tempos de crise econômica como a vivenciada nos tempos atuais.

Tema de conceito extremamente aberto, dificultando uma definição mais precisa de sua natureza, podendo ser observada através de duas linhas mestras de observação: um fático (efetiva disponibilidade dos recursos econômicos) e outro jurídico (existência de autorização orçamentária)³⁰².

O atendimento e a garantia da efetividade dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais encontram óbice na limitação orçamentário-financeira de determinado Estado, cujo conteúdo discricionário é patente, bem como, segundo entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, os respectivos pleitos deverão guardar consonância com o princípio da razoabilidade, que deverá ser submetido a um rigoroso critério de ponderação

³⁰¹ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 466-467.

³⁰² SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 197.

por parte do legislador³⁰³.

Trata-se o orçamento público, sob uma perspectiva também histórica, de um instrumento jurídico de limitação de poder (limitação dos gastos do príncipe ou soberano visando o não aumento de tributos para o povo), em que são resguardadas as ações estatais, não sendo mera peça (fictícia) de ajuste financeiro, porém estará umbilicalmente ligado, em sua consecução, ao tipo de Estado em que se encontra atrelado (liberal, social ou constitucional)³⁰⁴.

No Estado liberal, por pregar um Estado mínimo, não intervencionista, em que pese a ciência de custos, por parte do poder público, inclusive em relação ao atendimento de demandas oriundas de direitos fundamentais de primeira geração, o orçamento será enxuto e estático, já que pressupõe *“um sistema tributário restrito a manutenção econômico-financeira do poder de polícia, da administração da justiça e da prestação de reduzido número de serviços públicos”*³⁰⁵.

Trilhando outro caminho, no Estado social, ou ainda, no Estado Constitucional, com a revolução industrial e tecnológica, celeiro de concentração de riquezas e da proliferação de grandes massas de excluídos, alijados das benesses do capital, fez nascer a necessidade de maior proteção dedicada pelo Estado, intentando atender, concretamente, aos anseios decorrentes do atendimento (não só dos direitos fundamentais de primeira geração, de caráter individual) dos direitos fundamentais sociais, ou de segunda geração³⁰⁶.

Nessa toada, o orçamento deixa de ser estático para assumir um caráter dinâmico (orçamento-programa), desencadeando a necessidade do estabelecimento de metas e programas, que vão ao encontro dos anseios sociais (saúde, educação, trabalho, habitação,

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 29.

³⁰⁴ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. v. 1, n.1. jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006, p. 123.

³⁰⁵ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. v. 1, n.1. jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006, p. 124.

³⁰⁶ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. v. 1, n.1. jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006, p. 125.

família e outros), ainda que em detrimento de cenário econômico nem tão promissor³⁰⁷.

Nestes cenários, ambos em um ambiente de, alegadas, severas restrições econômico-financeiras, é que o orçamento público se entrelaça com a teoria da “Reserva do Possível”.

Alexy conceitua o reserva do possível como “*aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*”, contudo, entende que tal entendimento não pode pressupor a ineficácia do direito à prestação estatal, mas, apenas, sua simples ponderação³⁰⁸.

Portanto, diante da complexidade da matéria, resta clara e evidente que

A partir do exposto, há que sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.³⁰⁹

Alguns doutrinadores nacionais creditam à necessidade de melhor compreensão desta matéria, no Brasil, como decorrência da ampliação do alcance dos direitos sociais, inicialmente estariam vinculados a direitos trabalhistas, com o atual sistema vigente, passaram a categoria de direitos universais, alcançando à todos, cujos exemplos em destaque podem

³⁰⁷ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. v. 1, n.1. jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006, p. 125-126.

³⁰⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 498.

³⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 30.

referir-se a educação e saúde, ambos com previsão constitucional³¹⁰.

O que diferencia “o orçamento-programa” do Estado Social (o mesmo retratado na Constituição brasileira de 1988) e o “orçamento estático” do liberalismo frente às contingências financeiras do Estado (princípio da reserva do possível), é a forma como se portam.

Enquanto no Estado liberal este paralisa suas atividades, no Estado social referidas atividades são reprogramadas, em seus propósitos e financeiramente, para que haja a devida conciliação, tudo sob a ótica do princípio da proporcionalidade³¹¹.

Sarmento afirma haver duas posições antagônicas a respeito da reserva do possível e o orçamento público.

Segundo este, uma corrente perfilha o entendimento da não subordinação da concretização dos direitos fundamentais, disciplinados constitucionalmente, às disposição legais orçamentárias, visto que seria o mesmo que entregar nas mãos do legislador ordinário, comandos supremos insculpidos na Constituição Federal. Já outra corrente informar ser o administrador público quem melhor poderia conhecer a realidade social, as expectativas dos beneficiários e as condições econômicas de seu atendimento.

O foco estaria no equilíbrio, ou seja, através de um juízo (método) de ponderação, deve-se considerar a ausência orçamentária, contudo, deve-se avaliar o interesse e necessidade do bem jurídico controverso (direito fundamental social), ante tantos outros que, da mesma forma, requerem satisfação³¹².

Indeclinável a necessidade de respeito aos anseios sociais no Estado contemporâneo, contudo, reclama-se que este atendimento, ante a limitação dos recursos humanos, naturais, materiais e financeiros, se dê de forma sustentável.

³¹⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 156.

³¹¹ CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. v. 1, n.1. jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006, p. 125-126.

³¹² SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 256-258.

4.6 SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES – A SUSTENTABILIDADE SOCIAL

O princípio da sustentabilidade (ou do desenvolvimento sustentável), de natureza valorativa, impacta, de forma gradativa e cultural, a sociedade, através de uma determinação ética e jurídico-institucional: de garantir as presentes e futuras gerações um saudável ambiente, avaliado objetivamente; de atribuir responsabilidade objetiva ao Estado pela prevenção e precaução de eventos negativos, através de seletivas políticas públicas; ou seja, é imprescindível que o desenvolvimento seja guiado pela sustentabilidade e não o contrário³¹³.

Em que pese Juarez Freitas entender o princípio da sustentabilidade como sinônimo de desenvolvimento sustentável, há outros autores que o diferenciam, entendendo terem objetivos distintos, como a professora Maria Claudia da Silva Antunes de Souza, argumentando que enquanto o desenvolvimento sustentável tem foco na definição de um modelo econômico que gere riquezas e bem estar, sem descuidar da preservação do espectro social e do meio ambiente, a sustentabilidade seria guiada, em nível mundial, centrada, exclusivamente, na principal tarefa de preservar a existência humana no planeta, através da proteção ambiental e social³¹⁴.

Para referida autora, a primordial diferença entre os dois conceitos seria, basicamente, ligada a seus objetivos imediatos.

Enquanto o desenvolvimento sustentável seria um meio, através de um processo racional em que se contemple, de forma equilibrada, o progresso, a industrialização, o consumo e a estabilidade ambiental, para que se possa chegar a um fim – a sustentabilidade e o consequente bem estar da humanidade³¹⁵.

O desenvolvimento equilibrado do planeta está visceralmente atrelado com o desenvolvimento e crescimento da humanidade como um todo, eis que

³¹³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 34-35.

³¹⁴ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. 20 Anos de Sustentabilidade. **Revista da Unifebe**. Número 11, dez. 2012, p. 239-252. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>>, Acesso em: 30 jul. 2017.

³¹⁵ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. 20 Anos de Sustentabilidade. **Revista da Unifebe**. Número 11, dez. 2012, p. 239-252. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>>, Acesso em: 30 jul. 2017.

Somente será possível estabilizar a população quando a pobreza for reduzida em âmbito mundial. A extinção de espécies animais e vegetais numa escala massiva continuará quando o Hemisfério Meridional estiver sob o fardo de enormes dívidas. A escassez dos recursos e a degradação do meio ambiente combinam-se com populações em rápida expansão, que leva ao colapso das comunidades locais e à violência étnica e tribal que se tornou a característica mais importante da era pós-guerra fria.³¹⁶

Portanto, a sustentabilidade é uma variável profundamente dependente da espécie humana, de seu próprio desenvolvimento, eis que, diferentemente dos recursos naturais, o seu equilíbrio está intimamente ligado com o homem.

Neste sentido, o princípio da sustentabilidade, de natureza constitucional, pode ser objetivamente conceituado como o

[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.³¹⁷

Portanto, indene de dúvida, tem-se que a sustentabilidade, cuja preocupação é com o futuro, tem seu eixo teórico na preocupação com o homem, em sua preservação e qualidade de vida, conduzindo o desenvolvimento e a economia planetária sem descurar do aspecto humano, estando, desta forma, conjugado com o princípio da dignidade da pessoa humana, com *status* de direito fundamental, fazendo com que a própria sustentabilidade possa ser reconhecida como um “*princípio implícito na Constituição Federal*”³¹⁸.

Diante desse contexto, tem-se que o tema se desenvolve em diversas dimensões, não apenas restrita a preservação do meio ambiente, mas, aprofunda-se, ampliando seu escopo para outros assuntos de interesse da humanidade.

Já na longínqua década de 60 do século anterior, a Organização das Nações Unidas (ONU) já instituía, no ano de 1969, a Declaração para Desenvolvimento e Progresso Social, e em 1986, culminou com um documento denominado Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, em que teve como foco central de referido desenvolvimento, exigindo a

³¹⁶ CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova comparação científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 23.

³¹⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 43.

³¹⁸ GAVAZZONI, Antonio Marcos. **Sustentabilidade, governança e reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 61.

participação coletiva de todos os Estados para a promoção da justiça social, o ser humano³¹⁹.

Portanto, uma das principais dimensões a ser abordada, na abalizada doutrina de Freitas, diz respeito a sustentabilidade social (além da ética, jurídico-política, econômica e ambiental), ou seja, nenhum modelo de desenvolvimento pode contemplar situações iníquas ou de exclusão humana.

A dimensão social da sustentabilidade abriga uma linha tênue com os direitos fundamentais sociais, visto que estes *“requerem os correspondentes programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança (pública e privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável”*³²⁰.

Concluindo, como principais objetivos da sustentabilidade social (ou dimensão social da sustentabilidade) pode-se definir três principais: a) incremento da equidade intra e intergeracional; b) estímulo ao desenvolvimento do potencial humano, através de educação de qualidade para o convívio; e c) foco no desenvolvimento de longo prazo, focado na dignidade humana e na dignidade de outros seres vivos³²¹.

E, dentro desse cenário, de altas expectativas quanto ao futuro do planeta e da sociedade, o poder público deverá desempenhar um papel de extrema importância no alcance de melhor qualidade de vida, de forma sustentável, aos seus cidadãos, relegando às atividades de controle externo um caráter de fundamentalidade, mormente em um ambiente tão desfavorável.

4.7 UM NOVO ENFOQUE AO CONTROLE EXTERNO – O CONTROLE SOCIAL

Preliminarmente, indispensável, em que pese sua complexidade, a definição (ou definições) do termo Controle.

³¹⁹ TEREZO, Cristina Figueiredo. Desenvolvimento progressivo: Desafio para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: BASSO, Ana Paula (Coord.). **Direito e desenvolvimento sustentável: desafios e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 13.

³²⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62-63.

³²¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 62-64.

Na visão de Bugarin

controle é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre os atos praticados por outro, de forma a verificar-lhes a legalidade e o mérito e assegurar a consecução dos interesses coletivos.³²²

Já para Gualazzi, elevando-o ao status de princípio, controle poderia ser definido como

o princípio administrativo material, tutelar a autotutelar, de contrasteamento, supervisão e gestão integral da Administração, por meio de um sistema horizontal de coordenação central, com o escopo de vigilância, orientação e correção, prévia ou posterior, de atos administrativos e de atos, decisões e atividades materiais de administração.³²³

O direito de controlar é um direito fundamental expressamente previsto no artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, buscando a maior participação da sociedade, lhe garante o direito de pedir conta de sua gestão a qualquer agente público, sob o enfoque do princípio da finalidade pública, o qual pressupõe um governo honesto, além de ser componente indispensável ao regime democrático³²⁴.

Em emblemático período por que vem passando o cenário público nacional, em que denúncias de corrupção são, rotineiramente, despejadas, especialmente através da mídia, em suas diversas formas, o controle assume papel de destaque, eis que, quanto mais efetiva for esta função, correspondentemente, menor será o índice de corrupção³²⁵.

De outro norte, sem olvidar as considerações acima, tem-se que as crescentes demandas submetidas ao Estado impactam no papel a ser desempenhado pelos Tribunais de Contas, no exercício do controle externo, especialmente na vigência do Estado Democrático de Direito, deve, doravante, ser pautado, não mais com enfoque exclusivamente na legalidade, mas na legitimidade das políticas públicas por este analisadas, visto que

³²² BUGARIN, Bento José. Controle das finanças públicas – uma visão geral. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília-DF, vol. 25, p. 12.

³²³ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 26.

³²⁴ SILVA, Elke Andrade de Moura. Controle externo, controle social e cidadania. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano 1, n. 1, Belo Horizonte, dez. 1983, p. 48-49 – ISSN 0102-1052.

³²⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19 ed. rev. e atualiz., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 441.

Nesse renovado quadro, a gestão fiscal pública se vai tornando, cada vez mais intensamente, a necessária, obrigatória e transparente expressão financeira de políticas públicas legítimas, portanto, consentidas e subsidiárias, que devem, por isso, prever riscos fiscais, e no desempenho das quais, os agentes políticos e administrativos devem atuar com qualidades de prudência, responsabilidade e responsividade, abrindo, em consequência, a todas as cortes de contas, amplas e fascinantes fronteiras nesse novo e delicado, mas superiormente concebido controle fiscal da legitimidade, assim inaugurado.³²⁶

A título meramente ilustrativo tem-se que, não basta a aplicação dos recursos financeiros, por parte do Estado, conforme determina a lei, mas que escassos recursos sejam alocados da maneira mais eficiente possível.

Exemplo desta situação seria como alocar recursos para a construção de uma unidade escolar ou de saúde sem a devida previsão de recursos para a cobertura financeira da contratação do pessoal necessário, deixando verdadeiros “esqueletos”, sem a mínima utilidade.

Neste viés, discorrendo acerca da intensidade do controle (judicial) sobre as atividades (políticas públicas) da Administração Pública em um cenário de forte restrição financeiro-orçamentária, assim se posiciona Moreira:

O quarto debate, e de grande relevância, versa sobre a intensidade do controle. Essa intensidade de controle é fraca se for o controle limitado a realizar o que a Constituição determina expressamente, como no caso das porcentagens de investimentos previstos na Constituição para a educação, por exemplo, que devem ser cumpridas de forma vinculante. No caso de descumprimento evidente, cabe responsabilizar o administrador por crime de responsabilidade. Geralmente é identificado pela ação faltosa do Administrador. Essa forma de controle é necessária, mas o Poder Judiciário pode ir além e determinar que uma política pública desnecessária não se inicie, para que o investimento essencial seja realocado, ou que tenha custos menores do que o previsto, pois há outra política constitucional essencial a ser cumprida e que não está sendo devidamente tutelada. Essa ingerência de controle é média e, assim como a de intensidade fraca, atua na fase de execução da política pública. Já quando disser respeito à implementação de uma política pública, por omissão da Administração Pública, ou seja, quando o Poder Judiciário impuser condutas positivas, estará presente o controle judicial de intensidade forte. O controle das omissões administrativas caracteriza-se pelas omissões fortes. Esse será um grande passo no controle das políticas públicas, mas o parâmetro continuará sendo um objetivo da

³²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: **O Novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 67.

Constituição claramente descumprido.³²⁷

Não se olvidando da mudança de enfoque do princípio regedor das atividades da administração pública, do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade, sob o auspício dos ditames constitucionais, o administrador público não pode se escusar em bem desempenhar seu papel, alegando a imutabilidade de suas decisões políticas sob a justificativa de seu poder discricionário, já que

Saber como investir, isto é, observar as prioridades e mandamentos constitucionais, é um dever inescapável da Administração Pública tão corrigível quanto as leis que podem ser controladas face à Constituição. As escolhas do administrador passam a ser, então, constitucionalmente contrastáveis com os mandamentos da Constituição, o que permite maior participação civil do que a exercida hoje. Ao criticar e comentar as decisões que exercem controle sobre as políticas públicas, a sociedade passa atuar como intérprete da Constituição.³²⁸

Dúvidas não subsistem que o moderno controle externo da Administração Pública (neste caso seria o judicial, o qual também poderia ser o administrativo, consumado pelas cortes de contas), com enfoque para o atendimento das demandas da coletividade – direitos fundamentais sociais – estão umbilicalmente ligadas com o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo:

Os direitos fundamentais são as diretrizes da ingerência judicial nas intensidades aqui classificadas como médias e fortes – essas envolvem não somente onde gastar, mas *em que, quanto e como gastar*. Por tudo isso, o controle judicial das políticas públicas se adequa ao neoconstitucionalismo, já que se baseia em duas espécies de normas constitucionais – políticas e direitos fundamentais – e dirige as metas políticas dos governantes, corrige as escolhas e salvaguarda a Constituição. A própria Constituição Federal autoriza, no art. 74, “o Poder Judiciário a realizar o controle das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União”. Mais uma confirmação de que se trata de construção constitucional.³²⁹

O controle externo, de competência dos Tribunais de Contas, abrange a legalidade, legitimidade, economicidade, fidelidade funcional e de resultados, que, para Di

³²⁷ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A Possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 168-169.

³²⁸ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A Possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 166.

³²⁹ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A Possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 170.

Pietro³³⁰, com o advento da atual Constituição Federal (art. 71), teve seus contornos e poderes sensivelmente alargados, abarcando, além da típica fiscalização financeira, atividades de consulta (orientativa), informação ao Poder Legislativo, julgamento, sancionatória, corretiva e de ouvidoria.

De outro norte, a soberania nacional, em processo de aniquilação pelo fenômeno da atual globalização, com a emersão do (novo) Direito Constitucional da democracia participativa, de índole repolitizadora da legitimidade pode, na visão de Bonavides, ressuscitar e resgatar a bandeira de liberdade dos povos hostilizados³³¹.

O constitucionalismo que o antecedeu – constitucionalismo representativo – é marcado por dois distintos princípios, o primeiro, da legalidade, correspondendo ao período marcado pelo racionalismo político e jurídico, de cunho liberal, positivista. O segundo princípio seria o da constitucionalidade, onde são elevados á categoria de princípios os direitos fundamentais³³².

Ultrapassados os dois primeiros estágios constitucionais, elencados no parágrafo precedente, marcados pelos princípios da legalidade e da constitucionalidade, vive-se um novo momento constitucional, não mais sob o rótulo da democracia representativa:

Um terceiro momento, todavia, já se vislumbra com formação de uma teoria constitucional que nos aparta dos modelos representativos clássicos. Pertence à democracia participativa e faz do cidadão-povo a medula da legitimidade de todo o sistema. Acaba-se então a intermediação representativa, símbolo de tutela, sujeição e menoridade democrática do cidadão – meio povo, meio súdito.³³³

Sob o pálio da democracia participativa, e do resgate da dignidade do cidadão, estágio posterior à democracia representativa, que além de melhor representar o conceito de povo, transcendendo os horizontes jurídicos da tradicional separação dos poderes, não a

³³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 599-600.

³³¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 33.

³³² BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 33.

³³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 35.

sepultando, mas, dando-lhe novo significado funcional e orgânico, centrado no princípio de unidade da Constituição, em decorrência do estímulo à uma maior participação popular, surge, dentre outros fatos, o germe do controle social³³⁴.

A importância da atual carta política brasileira para o desenvolvimento da democracia, refletiu, também, no surgimento do controle social, sendo os Tribunais de Contas, um dos legitimados a proporcionar efetiva operacionalização:

O controle social surgiu com a Constituição Federal de 1988 (§ 2º do art. 74), quando dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Por sua vez se concretiza nas várias formas de participação direta da população na elaboração e execução dos orçamentos públicos, destacando-se as experiências de orçamento participativo, as audiências públicas e tantas outras manifestações semelhantes, algumas das quais previstas na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.³³⁵

Buscando o conceito do termo controle social da administração pública, Siraque leciona que

É o ato realizado individual ou coletivamente pelos membros da sociedade, por meio de entidades juridicamente organizadas ou não, através dos diversos instrumentos jurídicos colados à disposição para fiscalizar, examinar, inquirir e colher informações a respeito de algo. O “algo” a ser controlado é o resultado do exercício da função administrativa do Estado. O controle social da função administrativa do Estado tem, assim, a finalidade de submeter os agentes que exercem função administrativa junto aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário ao controle da sociedade.³³⁶

Não remanescem dúvidas de que a crise da democracia representativa, relevantemente acentuada pela degradação das instituições públicas no cenário nacional contemporâneo, especialmente ligadas aos Poderes Executivo e Legislativo, com reflexos, incontestáveis em parcelas do próprio Poder Judiciário, vem reclamando e fomentando uma participação mais efetiva da sociedade, no que tange ao controle dos limitados recursos públicos, no sentido de dar maior legitimidade e garantir alguns dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito:

³³⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 27-28.

³³⁵ LEITE, Júlio César Holanda. Controle externo, interno e social. **Revista do TCE**: Rio Grande do Norte, Natal. v. 5, n. 1, dez. 2003, p. 42-43.

³³⁶ SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado**: possibilidades e limites na Constituição de 1988. e ed. São Paulo: Saravia, 2009, p. 103.

A democracia participativa surge, pois, em decorrência dos problemas desencadeados pelo sistema representativo, bem como da necessidade de reforçar os controles sobre a atividade estatal. O controle feito pelo cidadão visa aferir o desempenho dessa atividade. Assim, o indivíduo adentra na intimidade da administração pública para fiscalizá-la e controlá-la, com o escopo de manter a ordem pública, estabelecer o direito e garantir a soberania popular.³³⁷

Muito ainda há que trilhar para o pleno alcance (para alguns utópico) da democracia participativa, todavia, não restam dúvidas que o incentivo à participação do cidadão na vida pública, facilitando-lhe o acesso e interferência na análise da aplicação dos finitos recursos financeiros do Estado, é um primeiro, e fundamental passo neste árduo caminho.

E, visando o atingimento deste objetivo, e ainda a melhoria nas condições sociais do ser humano, de forma sustentável, os precedentes judiciais podem ser ferramentas imprescindíveis quando bem aplicados na atividade de controle externo (que envolve, também, o controle social).

4.8 PRECEDENTES JUDICIAIS E CONTROLE EXTERNO: FERRAMENTAS PARA O ALCANCE DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL

Retrato de toda a explanação desenvolvida, no presente tópico desta pesquisa, compulsando todo o conteúdo do trabalho elaborado, é possível tecer algumas considerações e (preliminares) conclusões.

A primeira é a mudança desencadeada no cenário judicial brasileiro com a introdução do atual Código de Processo Civil – CPC, especialmente no tocante ao desenvolvimento de processos e procedimentos dos órgãos colegiados de justiça (tribunais).

Não se olvida que a Administração Pública, tradicionalmente, sempre foi guiada pelo princípio da legalidade, ou seja, pela lei em seu sentido mais estrito e fechado, sendo raras as situações de maior abertura, levadas a efeito, principalmente, pela necessária

³³⁷ BELO, Manoel Alexandre Cavalcante; ALBUQUERQUE, Armando. O Controle social da administração pública: Perspectivas de desenvolvimento político no Brasil. In: BASSO, Ana Paula (Coord.). **Direito e desenvolvimento sustentável: desafios e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 55.

intervenção judicial, já que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser sonegada a apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB).

Indiscutível que o efetivo alcance da sustentabilidade social, amparada constitucionalmente, é (deve ser) função básica do Estado, tarefa nada simples, especialmente em território nacional, exigindo do administrador público uma enorme dedicação, não restrita à letra fria, e formal, da lei, eis que

Por outro lado, as garantias aos direitos fundamentais, particularmente em regiões de extrema pobreza, como o Brasil, não podem constituir-se apenas em instrumentos formais, sob pena de não se dar cumprimento às funções de concreção para as quais se destinam. Assim a criação de mecanismos de prestação efetiva e positiva pelo Estado é exigência básica, necessária para a existência das condições materiais de vida digna, exigência primeira para qualquer tentativa de concreção do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável.

Tais mecanismos servem a satisfação concreta dos chamados direitos de crédito (direito à saúde, educação, alimentação, habitação etc.) a que se refere Clèmerson Merlin Clève, sem os quais esses direitos não passariam apenas de mera expectativa. Dessa forma, de um lado, “sem escolas públicas, o direito à educação é letra morta” e, de outro, “o direito à educação pressupõe a existência de meios (alimentação, vestuário), sem os quais, ainda que oferecida gratuitamente pelo Estado, não poderá ser usufruída”.³³⁸

Contudo, em matéria principiológica, em que pese sua importância, um princípio administrativo essencial foi desenvolvido (ainda que um pouco negligenciado) – princípio da juridicidade, fruto, principalmente, da aplicação dos princípios constitucionais, que começavam a produzir sua força normativa, mas, injustificadamente, subutilizado pelo Estado.

Paralelamente, em tempos atuais, há um maior desenvolvimento dos fundamentos do direito, no embalo das sensíveis mudanças propagadas pela atual lei instrumental civil, mormente no tocante às fontes do direito.

A lei, em sentido estrito, (quase) sempre foi considerada pelo poder público como único referencial de análise do caso concreto e na condução de sua rotina administrativa, por ser ela considerada a única fonte (primária) de direito merecedora de atenção pela Administração Pública.

³³⁸ OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. **Princípios jurídicos e jurisprudência socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 87.

Ainda que, progressivamente, especialmente com intervenções pontuais do Poder Judiciário, com grande relevo nas formulações de políticas públicas, foram sendo incorporados os princípios constitucionais e os direitos fundamentais na análise administrativa, inegável a enorme preferência pelo dispositivo imposto pela regra legal.

Há uma profunda alteração no cenário jurídico pátrio com o advento do novo código processual civil, inclusive no que tange ao estudo das fontes do direito, extremamente observada no cenário público administrativo, com a introdução de uma nova fonte primária do direito – os precedentes judiciais (vinculantes).

Assim como foi com a introdução dos princípios no âmbito jurídico nacional, agora os precedentes devem ser melhor concebidos, reclamando uma elasticidade no princípio da juridicidade, abarcando, além dos princípios constitucionais, também os precedentes judiciais, mormente os de índole vinculante.

Ou ainda, uma redefinição do conceito do princípio da legalidade, ante o incontestável poder coercitivo, a exemplo da lei em sentido estrito, visando sua adoção e respeito por parte dos jurisdicionados.

Diante de referidas conclusões, não faltam motivos para o reconhecimento dos precedentes judiciais como ferramentas indispensáveis ao controle externo, sem prejuízo das disposições legais produzidas pelo Poder Legislativo, fruto da democracia representativa, eis que podem balizar o comportamento da Administração (no mesmo rumo da lei em sentido estrito), preenchendo eventuais lacunas, na verificação do caso concreto, não previstas originalmente no processo legislativo.

Acima de tudo, pode ser um incentivo para a incessante busca por desenvolvimento social, de forma sustentável, já que derivadas da apreciação de reclames da sociedade, que em última instância, é quem justifica a existência do próprio Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inegável o valor das contribuições da disciplina do atual Código de Processo Judicial e seus reflexos no âmbito da Administração Pública, especialmente no que tange a aplicação e estabilização do Direito proporcionadas, principalmente, pelo conteúdo dos precedentes judiciais.

A atividade de controle externo da Administração Pública, especialmente as desenvolvidas através da participação dos Tribunais de Contas, assim como suas próprias, sempre foram pautadas pelo princípio da legalidade, vista de forma estrita, ou seja, subordinado aos exatos termos do texto legal.

Com o advento da Constituição Federal, e seu intenso conteúdo valorativo, dirigente, o escopo de observação foi ampliado, em decorrência do conteúdo mandamental de seus princípios, dando-se ênfase aos mais atuais e recorrentes no cenário público administrativo, todavia, sem descurar do fato que a participação do Poder Judiciário, visando seu mais efetivo atendimento, foi incessantemente requisitada.

Em virtude da acentuada e ativa participação daquele Poder da república, visando o abrandamento do restrito princípio da legalidade, surge no cenário administrativo pátrio o denominado princípio da juridicidade, de incontestável valor, em que pese o seu (quase) desuso, abarcando a negligenciada força normativa dos princípios.

O valor dos precedentes judiciais, capitulados pelo CPC atual, e sua inestimável contribuição a ser dada no campo do Direito Administrativo, ainda que em uma fase embrionária, de necessária mudança cultural, é incontroverso.

Como fonte primária do direito, ao lado das regras/ordenamentos legais, em razão de sua incontestada natureza de norma jurídica (interpretação do texto legal), facilitando sua aplicação, e pelo relevo de seu conteúdo, traduzido pelos anseios sociais trazidos à apreciação do Poder Judiciário, servirá de excelente suporte, ao lado da própria lei, para o melhor desenvolvimento das tarefas atinentes ao controle externo, respondendo, de forma positiva, ainda que fruto de uma análise perfunctória, aos problemas (hipóteses) que serviram de guia à presente pesquisa.

Este trabalho foi sedimentado por extensa bibliografia, inclusive, em certos e limitados casos, por correntes nem sempre concordes, mas de vital importância para a justificação do caminho trilhado.

Por fim, tem-se que muito ainda pode ser estudado e seriamente debatido no que tange ao assunto em tela, servindo esta pesquisa de mero contributo inicial, porém com a principal mensagem de, especialmente no cenário público, serem pensadas estratégias para sua modernização sem negligenciar o seu principal ativo – o ser humano.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6 ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2012.

ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e processo**: Desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; Prefácio de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALCÂNTARA, Shirley Michelle de. **Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal**: uma análise à luz da Teoria do Novo Serviço Público, do Gerencialismo e do Republicanismo. 2015. Dissertação (Mestrado Profissional). Universidade Federal de Lavras – UFLA, Lavras-MG, 2015.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 4ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição, 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANDION, C.. Por uma nova interpretação das mudanças de paradigma na administração pública. **Cadernos EBAPE.BR**. Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-19, mar. 2012.

ANDREASSA JUNIOR, Gilberto. **Ativismo judicial & teoria dos precedentes**. Curitiba: Juruá, 2015.

ARANTES, R. et al. Controles Democráticos sobre a Administração Pública no Brasil. In: LOUREIRO, M. R.; ABRUCIO, F. L.; PACHECO, R. S. **Burocracia e Política no Brasil**. 1a. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ARAÚJO. Thiago Souza. **Um framework para o e-Judiciário estadual baseado na Governança e Gestão do Conhecimento**. 2017. Tese (Doutorado em Engenharia e Gestão do Conhecimento). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis-SC, 2017.

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, nº 2, jul/dez 2014. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/1042>. Acesso em 10 Ago. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELO, Manoel Alexandre Cavalcante; ALBUQUERQUE, Armando. O Controle social da administração pública: Perspectivas de desenvolvimento político no Brasil. In: BASSO, Ana Paula (Coord.). **Direito e desenvolvimento sustentável: desafios e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, Democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do Estado**. 10 ed. revista e aumentada. São Paulo: Forense, 2015.

BORGES, Alice Gonzales. **O Controle jurisdicional da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 192, p. 49-60, abr./jun. 1993.

BRANDÃO, Paulo de Tarso e SILVA, Ildete Regina Vale da. Fraternidade como categoria política. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para cidadania**. A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. 1 ed. Brasília-DF: ENAP/Editora, Ano 34, 1998.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**. Ano 47. Volume 120, Número 1, jan-abril 1996, p. 5. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>, Acesso em: 8 mai. 2017.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, ed. 3, 2002. Belo Horizonte: ano XX.

BUGARIN, Bento José. Controle das finanças públicas – uma visão geral. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília-DF, vol. 25.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O Orçamento e a “reserva do possível”: Dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. v. 1, n.1. jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da vida: uma nova comparação científica dos sistemas vivos**. Trad. Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIAVENATTO, Idalberto. **Recursos humanos na empresa: pessoas, organizações e sistemas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COSTA. Gustavo Pereira da. **Heranças patrimonialistas, (dis)funções burocráticas, práticas gerenciais e os novos arranjos do Estado em Rede: Entendendo a configuração atual da Administração Pública Brasileira**. 2012. Tese (Doutorado em Administração). Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro-RJ, 2012.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunais de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COSTA, K. C. O.; SALM, J. F. A Percepção do professor estadual como funcionário público: cumpridor de regras, empreendedor ou servidor público? In: Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, Ano 30, 2006, Salvador. **Anais...** Salvador: ANPAD, 2006.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais: teoria e dinâmica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Flávio da; GLOCK, José Osvaldo. **Controle Interno nos municípios: orientação para implantação e relacionamento com os Tribunais de Contas**. São Paulo: Atlas, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3 ed. (2002), 1ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O Processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro**. São Paulo: RT, v. 209, jul-2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DELMONDES, Edna. **A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DENHARDT, R. B., DENHARDT, J. V. The new public service: serving rather than steering. **Public Administration Review**. Oxford, v. 60, n. 6, p. 549-559, Nov./Dec. 2000.

DERBLI, Felipe. **O Princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIDIER JR., Fredie *et. al.* (coord.). Aplicação de precedentes e *distinguishing* no CPC/2015: uma breve introdução. **Precedentes**. Salvador: JusPodvm, 2015.

DOMINGUES, Carlos Vasconcelos. **O Controle externo e os novos modelos de gestão de serviços públicos. As Organizações sociais**. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EGUREN, Manrique. **El Tribunal de Cuentas**. Montevideo: Tribunal de Cuentas de la República, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Da “segurança nacional” à “insegurança” jurisdicional: uma reflexão sobre a segurança jurídica. O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FERREIRA, Iago Oliveira; HOLANDA, Matheus Luiz Maciel. Reflexões acerca dos precedentes judiciais: análise sobre a eficácia vinculante dos precedentes no sistema brasileiro. **Revista Pesquisas Jurídicas**. Volume III, Número 1, jan-jun 2014, p. 118. Disponível em <http://revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/download/79/100>>, Acesso em: 31 jul. 2017.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. Elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos**. Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

GAVAZZONI, Antonio Marcos. **Sustentabilidade, governança e reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles interno e externo da Administração Pública**. 2 ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Júlio César Holanda. Controle externo, interno e social. **Revista do TCE: Rio Grande do Norte**, Natal. v. 5, n. 1, dez. 2003.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho e constitucion**. 9ª ed. Sevilla: Tecnos, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves da. O Grau de vinculação dos precedentes à luz do STF – O Efeito vinculante é absoluto. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 49, Número 195, jul-set 2012, p. 95. Disponível em www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496599>, Acesso em: 31 jul. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos precedentes**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. **Curso de derechos fundamentales. Teoría General**. Colaboración de ROIG, Rafael de Asís; LIESA, Carlos R. Fernandez; CASCÓN, Ángel LLamas. 1ª Reimpresión: Febrero, 1999. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1999.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19 ed. rev. e atualiz., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MELO, Carlos Aley Santos de. O Neoconstitucionalismo e o controle expansivo da administração pública: parâmetros para a fiscalização de seus atos. PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima. **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MENDES, Bruno Cavalcanti Angelin. **Precedentes judiciais vinculantes: a eficácia dos motivos determinantes da decisão na cultura jurídica**. Curitiba: Juruá, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio

Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

MEURER JUNIOR, Ezair José. **Súmula Vinculante no CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MILESKI, Hélio Saul. **O Controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 1999.

MORAES, Maria Celeina Bodin de. O Conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livra do Advogado Editora, 2010.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. A Possibilidade de controle judicial das políticas públicas. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). **Novos rumos para o direito público: reflexões em homenagem à Professora Lúcia Valle Figueiredo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas. In: **O Novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 38 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar de. **Princípios jurídicos e jurisprudência socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Organización Europea de las Instituciones Regionales de Control Externo del Sector Público (EURORAI). **Las Instituciones Regionales de Control Externo dels Sector Público en Europa**. 2 edición revisada y ampliada. Valência: EURORAI, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 9 ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, 2014.

PAULA, A. P. P. de. **Por uma nova gestão pública: limites e possibilidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 2005.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción, Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Sobre a *common law*, *civil law* e o precedente judicial**. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Porto-formatado.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes do direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RAMOS, Vinícius Estefaneli. **Teoria dos precedentes judiciais e sua eficácia no sistema brasileiro atual**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/teoria-dos-precedentes-judiciais-e-sua-efic%C3%A1cia-no-sistema-brasileiro-atual>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

REAL FERRER, Gabriel. La solidaridad en el derecho administrativo. **Revista de Administración Pública (RAP)**, nº. 161, mayo-agosto 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito (1973)**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REZENDE, Flávio da Cunha. Tendências da gestão pública nos países da OCDE. In: LEVY, Evelyn; DRAGO, Pedro Aníbal (Orgs.). **Gestão Pública no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundap, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Ana Luiza de Moraes. O Caráter político dos precedentes obrigatórios: uma análise a luz da obra de Hannah Arendt. **Revista Pesquisas Jurídicas**. Volume III, Número 1, jan-jun 2014, p. 95-96. Disponível em www.revistapesquisasjuridicas.com.br/ojs/index.php/RPJur/article/download/77/98, Acesso em: 31 jul. 2017.

ROSSI, Júlio César. **Precedentes à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2015.

SANCHÍS, Luis Pietro. “Neoconstitucionalismo”. In: CARBONEL, Miguel (coord.), **Diccionario de Derecho Constitucional**. México: Editorial Porrúa/UNAM, 2002.

SANTOS, Karinne Emmanoela Goettems dos. **Para além da jurisdição dos “conceitos sem coisas”**: o problema da abstrativização da prestação jurisdicional a partir da análise acerca da litigiosidade no Brasil. 2015. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos

Sinos, São Leopoldo-RS, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Un examen de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Barcelona: Marcial Pons, 2004

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, v. 39, 1987, p. 571-605.

SILVA, Elke Andrade de Moura. Controle externo, controle social e cidadania. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Ano 1, n. 1, Belo Horizonte, dez. 1983, p. 46-57 – ISSN 0102-1052.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do Estado**: possibilidades e limites na Constituição de 1988. e ed. São Paulo: Saravia, 2009.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. 20 Anos de Sustentabilidade. **Revista da Unifebe**. Número 11, dez. 2012, p. 239-252. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec82bd533b0033cb>>, Acesso em: 30 jul. 2017.

SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A Força das decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. A Resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de Pós-Positivismo. O Positivismo jurídico diante da principiologia. in. **Teoria do direito neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias**

discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. Precedentes e jurisprudência. **Revista de Processo n. 199**, 36, São Paulo: RT, set. 2011, p. 145-146.

TARZIA, Antonello. La constitución dolente. Um derecho constitucional-administrativo para los tiempos de la crisis **Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo**. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Prefácio de Justo J. Reyna. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TAVARES, José. **Administração Pública e direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1992.

TEREZO, Cristina Figueiredo. Desenvolvimento progressivo: Desafio para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: BASSO, Ana Paula (Coord.). **Direito e desenvolvimento sustentável: desafios e perspectivas**. Curitiba: Juruá, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Número 177, jul-set 1989, p. 29-49. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46113/44271>.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). v. 2. Brasília-DF: Editora da Universidade de Brasília, 2004.

XII Coloquio Internacional de Gestión Universitaria. **Profissionalização da gestão pública: o caso de uma IFES Sul Mineira**. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/97793f>>, Acesso em: 10 mai. 2017.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos y justicia. Tradución de Marina Guscón. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodivm.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Editora Prismas, 2015.