



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
DOUTORADO**

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

**SISTEMA DE PRECEDENTES COMO MANIFESTAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO**

Salvador
2016

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

**SISTEMA DE PRECEDENTES COMO MANIFESTAÇÃO DO
PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Doutor direito público.

Orientador: Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Salvador
2016

L948

Ludwig, Guilherme Guimarães,

Sistema de precedentes como manifestação do princípio da eficiência no processo / por Guilherme Guimarães Ludwig. – 2016. 165 f.

Orientador : Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro.

Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2016.

1. Precedentes judiciais. 2. Eficiência (Direito). 3. Acesso à justiça. 4. Segurança jurídica I. Universidade Federal da Bahia

CDD – 347.05

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

SISTEMA DE PRECEDENTES COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito,
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Celso Luiz Braga de Castro - Orientador
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal da Bahia

Profa. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini
Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Sergio Torres Teixeira
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Universidade Federal de Pernambuco

Salvador, 23 de setembro de 2016.

DEDICO a *João Guilherme e Paulo Bento, meus filhos, com muito amor*

AGRADECIMENTOS

AGRADEÇO, primeiramente, a Deus e à minha família, especialmente a Andrea e a minha mãe, por tudo, não menos.

Ao Professor Celso Luiz Braga de Castro, meu professor e orientador, pelo acompanhamento e discussão desta segunda pesquisa, agora no doutorado, com seu viés democrático e questionador.

Aos Professores Adriana Goulart de Sena Orsini, Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício Freire Soares e Sérgio Torres Teixeira, pela qualificada participação na banca, que tanto nos honrou.

Ao Professor Rodolfo Pamplona Filho, por participar diversas vezes ao longo do desenvolvimento da pesquisa, com suas preciosas contribuições.

Aos demais Docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito, nas pessoas dos Professores Edvaldo Pereira de Brito e Maria Auxiliadora Minahim, pelo convívio, debates e reflexões estimulantes que tanto agregaram a esta pesquisa. Aos servidores da Secretaria do Programa, pela inestimável presteza e cooperação, em especial a Luiza e ao nosso saudoso Jovino, cuja perda foi tão sentida na comunidade.

Aos Desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, na pessoa de sua Presidente Maria Adna Aguiar do Nascimento, pela concessão do imprescindível afastamento da jurisdição para elaboração desta tese.

A todos os colegas do doutorado, nas pessoas de: Lorena Miranda Santos Barreiros, pelo importante apoio no amadurecimento da temática e pela troca de ideias em geral; Othoniel Pinheiro Neto, grande parceiro de ideais; e Geovane de Mori Peixoto, colega antigo dos bancos do Instituto Social da Bahia e nosso competente representante no Colegiado.

Aos amigos que contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho, especialmente a André Oliveira Neves, Augusto Macedo Santos, Carla Mariani da Silveira, Fernanda Guimarães Reis de Almeida, João Batista Sales Souza, Priscila Ramos Eloy e aos valorosos servidores da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa, capitaneados por Katia Seleneh Souza de Araújo, pela colaboração geral, sugestões e opiniões.

Obrigado a todos!

“Não me iludo, tudo permanecerá do jeito que tem sido,
transcorrendo, transformando, tempo e espaço navegando todos os
sentidos”.

(Gilberto Gil)

RESUMO

A presente tese de doutorado propõe o reconhecimento do sistema de precedentes judiciais na tradição romano-germânica como manifestação do princípio constitucional da eficiência aplicado no processo. No Estado Democrático de Direito, a concretização do direito fundamental ao acesso à Justiça evolui para envolver o equilíbrio das garantias processuais constitucionais sob a luz do princípio da eficiência administrativa como vetor de interpretação da norma processual, assegurando um direcionamento à instrumentalidade como meio que permita um processo de resultados. Garantir acesso à Justiça requer que o Poder Judiciário atue pautado em padrões de funcionalidade e coerência, emanados diretamente do princípio constitucional da eficiência, em sentido de concretizar direitos e garantir a segurança jurídica. Diante da premissa da funcionalidade estatal, ao Poder Judiciário compete a realização do máximo possível na satisfação do interesse de cada indivíduo e da coletividade diante das circunstâncias do caso. É insuficiente que em determinado processo, unitariamente considerado, sejam aplicadas as técnicas e procedimento mais idôneos ao melhor resultado na entrega da prestação jurisdicional mediante um processo justo. Para que se observe a mais ampla concretização do princípio da eficiência, também será necessário um resultado estabilizado em relação aos demais processos, conferindo não apenas efetividade individual, mas segurança do direito discutido para toda sociedade a partir da coerência do sistema.

Palavras-chave: precedentes judiciais, eficiência administrativa, acesso à Justiça, segurança jurídica

ABSTRACT

This doctoral thesis proposes the recognition of the judicial precedent system in the Roman-Germanic tradition as a manifestation of the constitutional principle of efficiency applied in the process. In the Democratic State of Law, the implementation of the fundamental right of access to justice evolves to encompass the balancing of the constitutional procedural safeguards in the light of the principle of administrative efficiency as a vector of the interpretation of the procedural rule, ensuring the instrumentality as a mean to reach a process of results. Ensuring access to justice requires that the judiciary acts are guided by functionality and consistency standards, emanating directly from the constitutional principle of efficiency, in order to realize rights and ensure legal certainty. Given the premise of state functionality, the judiciary must perform, as much as possible, meeting the interests of each individual and the community on the circumstances of the case. It is insufficient the application of the most suitable techniques and procedures for the best result in the delivery of judicial services through a fair process only to the individual considered process. In order to observe the wider implementation of the principle of efficiency, it also will be necessary a stabilized result in relation to other processes, thus providing not only individual effectiveness but safety on the rules discussed in favor of the whole society, based on the coherence of the system.

Keywords: judicial precedent, administrative efficiency, access to justice, legal certainty

RIASSUNTO

Questa tesi di dottorato si propone a il riconoscimento del sistema precedente giudiziario nella tradizione romano-germanico come una manifestazione del principio costituzionale di efficienza applicata nel processo. Nello Stato democratico di diritto, l'attuazione del diritto fondamentale di accesso alla giustizia si evolve fino a comprendere il bilanciamento delle garanzie procedurali costituzionali, alla luce del principio di efficienza amministrativa come un vettore di interpretazione della norma di procedura, garantendo la strumentalità come mezzo per raggiungere un processo di risultati. Garantire l'accesso alla giustizia richiede che gli atti giudiziari sono guidati da standard di funzionalità e coerenza, che emana direttamente dal principio costituzionale di efficienza, al fine di realizzare i diritti e garantire la certezza del diritto. Data la premessa di funzionalità dello stato, la magistratura deve eseguire, per quanto possibile, soddisfare gli interessi di ogni individuo e la comunità delle circostanze del caso di specie. Non è sufficiente che le tecniche e le procedure più idonee per il miglior risultato nella fornitura di servizi giudiziari attraverso un processo equo vengono applicate solo al singolo processo considerato. Per osservare più ampia applicazione del principio di efficienza, sarà anche necessario un risultato stabilizzato in relazione ad altri processi, fornendo così non solo efficacia individuale, ma la sicurezza sulle regole discusse in favore di tutta la società, basato sulla coerenza del sistema.

Parole chiave: precedenti giudiziari, efficienza amministrativa, accesso alla giustizia, certezza giuridica

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 MITIGAÇÃO DA VINCULAÇÃO À LEGALIDADE NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA E A URGÊNCIA DE NOVO INSTRUMENTAL GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA	17
2.1 AS TRADIÇÕES ROMANO-GERMÂNICA E DA <i>COMMON LAW</i> PERANTE A LEGALIDADE NA TEORIA DAS FONTES E O PRECEDENTE JUDICIAL	18
2.1.1 Tradição jurídica romano-germânica a partir dos ideais da Revolução Francesa e o monopólio do Poder Legislativo na criação do Direito	19
2.1.2 Desenvolvimento da tradição jurídica da <i>common law</i> sob fundamento no direito costumeiro	27
2.1.3 Precedente judicial na produção do Direito pelo método indutivo diante do caso concreto	36
2.2 APROXIMAÇÃO ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS ROMANO-GERMÂNICA E DA <i>COMMON LAW</i>	44
2.2.1 Novos modelos constitucionais como resposta às insuficiências do Estado Liberal de Direito	44
2.2.2 Pós-positivismo jurídico, normas de conteúdo aberto e a necessidade de estabilização do Direito	51
3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA NA GESTÃO DE RESULTADOS DO ESTADO DIANTE DA CRISE DA VINCULAÇÃO À LEGALIDADE	64
3.1 MITIGAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS PÚBLICO E PRIVADO E NORMATIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	64
3.1.1 Elementos para compreensão da positivação do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro	70
3.1.2 Parâmetros da administração pública direcionados a uma gestão de resultados efetivos	78
3.2 SINDICABILIDADE E EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	87

3.2.1 Sindicabilidade da conduta eficiente da Administração Pública	88
3.2.2 Eficiência como critério de sindicabilidade de condutas administrativas discricionárias e vinculadas	95
4 SISTEMA DE PRECEDENTES COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO NA CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA	103
4.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	104
4.1.1 Requalificação do princípio constitucional de acesso à Justiça com enfoque em um Estado eficiente	106
4.1.2 Atividade jurisdicional eficiente e vinculação da conduta do juiz	116
4.2 SISTEMA DE PRECEDENTES E GARANTIAS DE SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA DE TRATAMENTO NO PROCESSO EFICIENTE	122
4.2.1 Sistema de precedentes vinculantes, independência da magistratura e confiabilidade institucional do Poder Judiciário	133
4.2.2 Superação do precedente vinculante na adequação ao desenvolvimento do Direito em evolução	139
5 CONCLUSÕES	149
REFERÊNCIAS	155

1 INTRODUÇÃO

A crise do Poder Judiciário pode ser reconhecida antes de tudo como uma crise de acesso à Justiça em seu sentido mais amplo, na medida em que em muitos casos o cidadão não consegue dele obter respostas tempestivas a solucionar as controvérsias e garantir segurança jurídica. O Direito desprovido de efetividade, incapaz de atender aos anseios da sociedade, termina não se prestando à finalidade que lhe é precípua: garantir a necessária paz social.

Na atualidade o fenômeno jurídico assiste ao enfraquecimento dos termos literais da lei como referência estrita do valor da segurança jurídica. É reconhecida força normativa aos princípios emanados da Constituição e observado o crescimento exponencial do número de normas jurídicas. Em paralelo, avança a complexidade das técnicas legislativas que produzem cada vez mais enunciados com conteúdo dúbio ou propositalmente lacunoso, a ser densificado pelo intérprete quando da aplicação. O alcance do Direito se mostra ainda mais distante do indivíduo comum, acarretando aumento nos conflitos em sociedade, o que reverbera em boa medida nas demandas propostas perante o aparato jurisdicional.

O Poder Judiciário, por seu turno, pautado em parte ainda no modelo herdado da modernidade, se mostra estruturalmente incapaz de dar vazão às centenas de milhares de ações judiciais em curso no país, gerando altíssimos índices de congestionamento judicial. Não atua com eficiência e deixa de aplicar os meios mais idôneos à obtenção dos resultados pretendidos, muitas vezes sequer conseguindo apresentar uma resposta minimamente uniforme quanto à interpretação do Direito questionado. Esta situação termina por alimentar um círculo vicioso de descumprimento das normas jurídicas diante da instabilidade ali gerada.

Em sede legislativa foi recentemente apresentado à sociedade brasileira um novo Código de Processo Civil, cuja pretensão fundamental diz respeito a levar a Constituição às normas de processo civil, fazendo valer o rol de garantias que zelam por um processo justo e efetivo, fincado em três pilares fundamentais: o devido processo legal substancial, o contraditório e a boa fé objetiva. Entre as diversas inovações legislativas se encontra a adoção por juízes e tribunais de um sistema de precedentes judiciais vinculantes, que objetiva a conferir, em última análise, a necessária estabilidade ao Direito interpretado pelo Poder Judiciário, atendendo de tal modo a razões de segurança jurídica e de isonomia.

Dentro da tradição romano-germânica, na qual se encontra preponderantemente situado o sistema jurídico brasileiro, porém, o respeito aos precedentes não faz parte da cultura jurídica, diversamente do que se verifica nos sistemas jurídicos da *common law*. Na

ausência de uma previsão constitucional expressa, são opostos alguns obstáculos ao reconhecimento do caráter vinculante dos precedentes, especialmente associados aos riscos de violação do princípio constitucional da independência da magistratura e de engessamento do desenvolvimento natural do Direito, em constante evolução enquanto objeto cultural. O presente trabalho se propõe a identificar uma base constitucional processual teórica da qual se extraia o atributo da vinculação do precedente judicial na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Dentro desse enfoque, o presente estudo visou essencialmente a investigar, como objetivo geral, se, no domínio da tradição romano-germânica, no modelo constitucional em vigor e diante do pós-positivismo jurídico, é possível reconhecer a adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes como manifestação do princípio da eficiência, quando aplicado como vetor de interpretação da norma processual. Buscou-se saber se o juiz está ou não adstrito aos precedentes diante da força normativa do princípio da eficiência, no exercício da prestação jurisdicional, inclusive como superação teórica dos obstáculos associados à independência da magistratura e à cristalização do saber jurídico.

A abordagem da pesquisa apresentou caráter interdisciplinar em consideração a quatro ramos principais do Direito: teoria geral do direito, direito constitucional, direito administrativo e direito processual civil. A premissa metodológica recusou a visão do Direito cerrada em compartimentos segmentados, reconhecendo ao revés a interpenetração do conhecimento especializado em cada seara do Direito, numa relação harmônica de dependência multilateral.

Como pressupostos, o estudo teve por objetivo específico, em primeiro lugar, avaliar, no horizonte da teoria geral do direito e do direito constitucional, as condições presentes na transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático de Direito, com o advento do fenômeno do pós-positivismo jurídico. Com isso, situar o possível reconhecimento do precedente judiciário vinculante oriundo da tradição da *common law*, como garantidor do princípio da segurança jurídica na tradição romano-germânica.

Em segundo, objetivou a investigar o princípio da eficiência administrativa, a contar da mitigação da distinção entre o direito público e o direito privado, associado à superação de um padrão estritamente burocrático. Foram apontados elementos para a sua compreensão e parâmetros de uma gestão de resultados, além de aferida sua dúplice condição como objeto e critério de sindicabilidade nas condutas da Administração Pública.

Por fim, em terceiro, se buscou entender a requalificação do acesso à Justiça a partir do princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma no processo, apontando

o seu papel de fundamento processual para a adoção do sistema de precedentes judiciais vinculantes, como garantidor da estabilização do Direito diante do enfraquecimento do marco da legalidade estrita.

A realização do presente trabalho teve como base o método hipotético-dedutivo, segundo a eleição da proposição hipotética fundamental definida: o reconhecimento do sistema de precedentes judiciais vinculantes como manifestação do princípio da eficiência no processo. O procedimento instrumental utilizado foi basicamente o estudo do material bibliográfico.

No primeiro capítulo foi abordada a mitigação da vinculação à legalidade na tradição romano-germânica e a urgência de novo instrumental em garantia da segurança jurídica. Para tanto, foi investigada a legalidade na teoria das fontes nesta tradição e também na *common law*.

Na tradição romano-germânica, o estudo teve início nos ideais da revolução francesa que impregnaram o Estado Liberal de Direito e conseqüentemente do monopólio do Poder Legislativo na criação do Direito. Foi especialmente destacada a percepção da vinculação à legalidade estrita como manifestação do valor da segurança jurídica no Direito. Quanto à *common law*, se discutiu uma breve e necessária análise do desenvolvimento histórico desta tradição jurídica, para ser possível entender as condições culturais, tanto para prevalência dos costumes sobre o direito legislado, quanto para o próprio advento do precedente judicial. Em continuidade, foram apreciados elementos e características relacionados à compreensão do precedente judicial e o seu papel na produção do Direito pelo método indutivo com base nas circunstâncias do caso concreto.

Analisados estes diferentes percursos e características, foi adiante observado o movimento contemporâneo de aproximação entre a tradição jurídica romano-germânica e a tradição jurídica da *common law*, fenômeno inserido na conjuntura das transições de modelos do Liberal para o Estado Social de Direito e posteriormente ao Democrático de Direito, sendo destacados os seus elementos e premissas fundamentais.

Foi ainda tratado do fenômeno do pós-positivismo jurídico, pela centralidade da correção do Direito e pelo advento de novas espécies normativas, como respostas às insuficiências do Estado Liberal de Direito, emergindo daí a necessidade de estabilização do Direito pelo recurso a técnicas e mecanismos que confirmam racionalidade ao conteúdo decisório em sentido da segurança jurídica.

No segundo capítulo, foi analisado especificamente o princípio da eficiência administrativa, em sua relação com o princípio da segurança jurídica, em sentido de um novo

padrão associado a uma gestão de resultados diante da crise da vinculação à legalidade. Neste quadro, o surgimento e a normatização do princípio da eficiência foram apreciados com base em uma breve reflexão acerca do surgimento do direito administrativo e do recente fenômeno da mitigação da distinção das fronteiras entre Direito público e Direito privado.

Foram assim ponderados alguns elementos para compreensão da positivação do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro, se destacando criticamente a diferenciação entre as conjunturas mundial e nacional por ocasião da Emenda Constitucional 19. Levando em conta a força normativa do princípio da eficiência, foram estudados ainda parâmetros para a concepção de uma administração pública direcionada a uma gestão de resultados efetivos, pautada por métodos que garantam formalmente participação e transparência.

Em seguida, a pesquisa se voltou à relação entre sindicabilidade e eficiência administrativa, tendo em vista a proteção ao princípio da segurança jurídica, mediante dois enfoques. Em um primeiro momento, foi apreciada a sindicabilidade da conduta eficiente da Administração Pública, sendo avaliada a distinção entre conceito indeterminado e discricionariedade administrativa. Adiante, o próprio princípio da eficiência foi observado como possível critério de sindicabilidade de condutas discricionárias e vinculadas, neste último caso contextualizada a relação entre eficiência e segurança jurídica.

No terceiro capítulo, foi apreciado se a adoção de um sistema de precedentes judiciais vinculantes pode ser reconhecida como uma autêntica manifestação do princípio da eficiência no processo com mira na concretização da segurança jurídica. Neste sentido foi abordada inicialmente a relação entre o direito fundamental ao acesso à Justiça no cenário do Estado Democrático de Direito e o princípio da eficiência, para se estabelecer a requalificação daquele primeiro com enfoque em um Estado eficiente.

Com suporte nisso foram estudadas algumas características do princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual, sendo especialmente destacada a vinculação da conduta do juiz em sentido de uma tutela mais adequada aos interesses discutidos em juízo.

Levando em conta um processo preenchido pelo conteúdo da eficiência, foram relacionados o sistema de precedentes judiciais vinculantes com as garantias de segurança jurídica e isonomia de tratamento entre as partes. Inicialmente o ponto de partida foi de um conflito entre o tempo no processo e o alcance de resultados efetivos, para se avançar a uma percepção do princípio da eficiência em consideração ao Poder Judiciário como um sistema unitário. Foram identificados os influxos recíprocos entre a eficiência no campo processual e

a segurança jurídica no plano material, com seus reflexos quanto ao princípio da isonomia.

Foi abordada, ainda, a relação entre o respeito aos precedentes pelos juízes e a possível colisão com o princípio de independência da magistratura, em cotejo com os reflexos sobre a confiabilidade institucional do Poder Judiciário. Por fim, se pesquisou a superação do precedente vinculante por uma postura crítica, na adequação ao desenvolvimento do Direito em constante evolução.

2 MITIGAÇÃO DA VINCULAÇÃO À LEGALIDADE NA TRADIÇÃO ROMANO-GERMÂNICA E A URGÊNCIA DE NOVO INSTRUMENTAL GARANTIDOR DA SEGURANÇA JURÍDICA

Os precedentes judiciais sempre estiveram presentes na cultura jurídica ocidental. Entre os diversos sistemas jurídicos nela insertos, as decisões judiciais sofreram alguma influência de decisões outras que as precederam: seja criando o Direito, seja apenas o declarando; tanto vinculando o juiz, quanto apenas o persuadindo a decidir em determinado sentido.

Quando, no entanto, se empreende uma análise comparativa neste enfoque entre as tradições jurídicas romano-germânica e da *common law*¹, é facilmente perceptível uma diferenciação no que se refere à importância maior ou menor dos precedentes judiciais no processo. Trata-se, em verdade e em última análise, de discussão acerca da preponderância das fontes do Direito, tal como reconhecidas em cada uma das referidas tradições – o que entre estas constitui um forte fator distintivo.

A doutrina comparatista aponta outros elementos de diferenciação entre a tradição romano-germânica e a *common law*, relativos, por exemplo, à estrutura do direito e a seus conceitos, classificações e regras², o que, entretanto, não afeta substancialmente a discussão acerca dos precedentes judiciais.

Na tradição romano-germânica, profundamente influenciada pelo primado da vinculação à legalidade estrita alicerçado no ideário da Revolução Francesa, tende a haver uma resistência ao reconhecimento dos precedentes judiciais como fonte do Direito. O contrário ocorre na *common law*, na qual os costumes apresentam o papel preponderante na

¹ Nesta pesquisa a tradição romano-germânica e a da *common law* são reconhecidas como tradições jurídicas e não como sistemas jurídicos. Os últimos correspondem a conjuntos de instituições legais, processos e normas vigentes, havendo tantos sistemas quanto forem os estados e organizações internacionais. As primeiras, por seu turno, significam “um conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade e na organização política, sobre a forma adequada da organização e operação do sistema legal e, finalmente, sobre como o direito deve ser publicado, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. *Conferere* MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.21-22.

² Para René David, por exemplo, para além da distinção na teoria das fontes entre o direito inglês e o direito continental, há uma diferença fundamental de estrutura do direito, suas classificações, conceitos e regras. Em primeiro lugar, ao invés das grandes distinções entre direito público, direito civil, direito comercial, direito administrativo e direito da previdência social, há a distinção entre *common law* e *equity*. Por outro lado, no direito inglês não há conceitos como “poder paternal”, “usufruto” ou “pessoa moral”, ao passo que “*trust*”, “*consideration*” e “*trespass*” são intraduzíveis nas línguas do continente, além do que não há correspondência entre, por exemplo, termos como o “*contrat*” do direito francês e o “*contract*” do direito inglês. *Conferere* DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.381-383.

constituição do Direito e o sistema de precedentes orienta primordialmente as decisões judiciais.

2.1 AS TRADIÇÕES ROMANO-GERMÂNICA E DA *COMMON LAW* PERANTE A LEGALIDADE NA TEORIA DAS FONTES E O PRECEDENTE JUDICIAL

As tradições jurídicas romano-germânica e da *common law* são condicionantes e condicionadas na dinâmica histórica, determinada por específicas circunstâncias estruturais e conjunturais. Para John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, “a tradição jurídica coloca o sistema legal na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é uma expressão”³. Não é possível compreender este fenômeno desconsiderando ou mitigando os fatores que a cultura de uma sociedade lhe impõe no processo de gênese e desenvolvimento.

Em certo sentido, estas duas tradições podem ser também enquadradas como as componentes de uma mesma e mais abrangente tradição jurídica ocidental, embora não se restrinjam aos limites geográficos do que se convencionou denominar de Ocidente. A primeira prevalece na Europa continental e na América Latina; enquanto a segunda no Reino Unido, na Irlanda, nos Estados Unidos, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia; ambas se encontram ainda presentes em distintas partes da Ásia e África.

Cândido Rangel Dinamarco associa os sistemas jurídico-processuais latino-americanos aos da Europa continental, classificando como romano-germânicas as raízes dos ordenamentos jurídicos da América de línguas portuguesa e espanhola. Aduz, porém, que existe um grande paradoxo metodológico na cultura processual brasileira, decorrente da aceitação de conceitos e propostas técnico-processuais especialmente da Alemanha e da Itália, enquanto a fórmula político-constitucional de separação dos poderes tem muito maior ligação com o modelo norte-americano, não existindo, por exemplo, um contencioso administrativo⁴.

Para além da Europa, a predominância atual destas duas tradições nos diversos países referidos pode ser entendida como uma consequência direta do colonialismo e neocolonialismo europeu em suas colônias nos séculos precedentes, da mesma forma que a prevalência do direito romano foi fruto da dominação de Roma sobre os territórios

³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.22.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p.285-287.

conquistados⁵. Estas tradições, no entanto, como salienta Luiz Guilherme Marinoni, são produtos de contextos político-culturais próprios diferentes, o que acarreta, a cada uma, institutos e conceitos característicos⁶. É possível assim agrupar os distintos sistemas jurídicos daqueles diversos países nestes dois grandes eixos, conforme maior ou menor presença de traços da tradição romano-germânica ou da *common law* em cada situação.

No entendimento de Pietro D'Amico, todavia, a tradição da *common law* e a romano-germânica corresponderiam a modelos diversos verdadeiramente opostos e reciprocamente inconciliáveis, porque fundados em fatores antitéticos: a primeira, empírica por indução, que busca solução na realidade dos fatos e na história; a segunda, apriorística por dedução, que resolve as questões pela abstração conceitual e pelas hipóteses formais⁷.

Em consequência desta diversidade histórico-cultural do fenômeno jurídico, a garantia da segurança jurídica se materializou em instrumentais igualmente distintos em cada uma das tradições, o que acarretou perfis distintos de observação do papel do Poder Legislativo e da própria lei como fonte do Direito nos seus sistemas jurídicos componentes.

2.1.1 Tradição jurídica romano-germânica a partir dos ideais da Revolução Francesa e o monopólio do Poder Legislativo na criação do Direito

A tradição romano-germânica é mais antiga que a da *common law*. A origem da primeira é normalmente associada à suposta publicação das doze tábuas em 450 a.C., ao passo que o marco inicial da última corresponde a 1066 d.C., com a conquista da Inglaterra pelos normandos.

Com a passagem do mundo político medieval para o Estado-nação, o nacionalismo foi adotado como ideologia e a soberania do Estado como sua expressão legal, sendo a alegada origem divina da lei aos poucos substituída pelas fontes estatais. O *jus commune* (direito romano-canônico) passou a ser subordinado e substituído pelos sistemas legais nacionais. Embora o conteúdo do direito nacional pudesse ainda ser extraído do *jus commune*, sua autoridade deveria provir do Estado. A soberania se expressava excluindo

⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.25-26.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.23.

⁷ D'AMICO, Pietro. *Common law*. Torino: Giappichelli, 2005, p.227-228.

externamente os direitos de origem estrangeira e internamente os direitos de origem local e consuetudinária⁸.

No regime absolutista, havia grave instabilidade nas regras jurídicas, porque decorrentes basicamente da vontade do príncipe, que concentrava o poder político e igualmente, por via reflexa, a atividade legislativa. José Joaquim Gomes Canotilho sustenta que, naquela conjuntura, a economia necessitava especialmente de ver reconhecida a segurança jurídica, valor não garantido nas práticas e princípios do Estado absoluto, já que eram frequentes as intervenções do soberano na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o exercício do poder discricionário no que se refere à alteração e à revogação das leis. Toda a construção constitucional liberal confluía então para a certeza do Direito, a segurança jurídica⁹.

As primeiras constituições escritas e as declarações do século XVIII, fruto do pensamento liberal e burguês da época, propagavam os chamados direitos fundamentais de primeira geração: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade. Numa dimensão negativa, esta concepção voltava-se a garantir as liberdades públicas na esfera civil e política, protegendo as pessoas do poder opressivo do Estado, que, a seu turno, devia se abster de interferir nas relações individuais e sociais (*laissez faire et laissez passer*)¹⁰.

Neste enquadramento é que, em defesa dos interesses essencialmente burgueses na Europa continental, a vinculação à legalidade estrita começou a se confundir com os valores da segurança e certeza na seara jurídica. Logo, como condição de sua própria sobrevivência enquanto classe então oprimida, a burguesia precisava capitalizar para si ou em seu favor o poder de produzir a norma. No seio do Estado liberal, no âmbito dos países da tradição romano-germânica, o papel limitador do Estado e garantidor das liberdades individuais passou a caber então à lei, enquanto norma aprovada mediante a cooperação da vontade popular. A legislação era um mecanismo de frenagem aplicado ao Estado.

⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.45-47.

⁹ Para José Joaquim Gomes Canotilho, “a segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. [...] O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idêia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico”. *Conferere* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.257.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p.489.

O atributo absoluto e incontestável do legislar pelo príncipe foi repassado e substituído pelo império da lei, transferindo o centro de poder ao parlamento, instância de representação popular. Interessava à burguesia ascendente estabelecer o valor básico da segurança jurídica nestes restritos termos, norteando e disciplinando as suas atividades privadas em um plano livre de qualquer indevida intromissão estatal nas relações econômicas que explorava.

Norberto Bobbio enxerga que a concepção liberal acolheu uma solução ambígua para o problema das relações entre legislador e juiz. Ao mesmo tempo em que se mostrava tipicamente liberal por eliminar poderes intermediários e garantir o cidadão contra as arbitrariedades de tais poderes, era paradoxalmente absolutista diante da teoria da monopolização da produção jurídica por parte do legislador, atribuindo um poder pleno, exclusivo e ilimitado ao parlamento. Por outro lado, se a liberdade do juiz de reconhecer normas assente em seu próprio senso da equidade ou da vida social poderia dar margem ao arbítrio, era certo que o legislador, ao editar normas iguais a todos, representaria um impedimento para tal abuso pelo Poder Judiciário¹¹.

Para impedir arbitrariedades do legislador, o pensamento liberal propugnava pela teoria da separação dos poderes, por intermédio da qual o poder de legislar não seria mais atribuído ao príncipe, porém a um colegiado que agiria junto a ele, com a consequência da subordinação do governo à lei. Buscavam os liberais a representatividade, pela qual o legislador seria expressão não mais de uma restrita oligarquia, mas abrangentemente de todos mediante a técnica da representação política. Se o poder era exercido por todo o povo ainda que não diretamente, deveria também não o ser de forma arbitrária, mas em benefício deste mesmo povo¹².

Neste ponto é que, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, a legalidade acabou por constituir um fator de identificação do Direito: ele estaria apenas na norma jurídica (a lei), cuja validade não dependeria de seu conteúdo material em correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. No Estado Liberal de Direito dentro da tradição predominante na Europa continental, o Poder Legislativo reservou a si o poder político mediante a fórmula da vinculação à legalidade. Enquanto isso, subordinados, o Poder Executivo somente poderia atuar se e até onde autorizado pela lei, enquanto o Poder

¹¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.38.

¹² *Ibidem*, 1995, p.39.

Judiciário apenas a aplicar, sem poder sequer interpretar¹³.

Não interessava naquele momento que a correção da norma jurídica fosse necessariamente observada quanto ao seu conteúdo em sua aplicação concreta, mas apenas no que se refere à legitimidade e no fiel cumprimento do procedimento estabelecido para a sua produção. Rigorosamente obedecida a disciplina de sua gênese, a estrita aplicação da norma ao caso concreto era a única conduta que restaria ao juiz. A vinculação à legalidade estrita por parte do Estado no exercício de todas as suas funções tornava-se assim a garantia por excelência de segurança jurídica em favor do cidadão.

Quanto ao Poder Judiciário, segundo Ricardo Maurício Freire Soares, se antes o julgador podia obter a norma tanto de regras preexistentes na sociedade quanto de princípios equitativos e de razão; com a formação do Estado moderno, o juiz se tornava então órgão do Estado, titular de um dos poderes estatais, subordinado ao legislador. O Direito posto e aprovado pelo Estado era nestes termos considerado como o único Direito¹⁴. Nesta situação não seria possível nem necessário cogitar em algum tipo de papel criativo da magistratura.

Na lição de Luiz Guilherme Marinoni, a ideia trazida com a Revolução Francesa de submissão do juiz ao legislador na esfera da tradição romano-germânica foi um fator favorável à formação de um sistema despreocupado com o respeito pelo Poder Judiciário às decisões judiciais antecedentes, pois se, em tese, seria impossível decidir em contrário à letra da lei, a previsibilidade do Direito seria conseqüentemente inevitável neste cenário¹⁵. O cumprimento da lei esgotava em si a concretização das expectativas da sociedade quanto ao Direito aplicável à solução dos conflitos.

Para Jorge Miranda, a grande diferença entre o sistema constitucional francês em relação ao inglês é exatamente esta origem revolucionária do primeiro, que destrói as instituições e estruturas antigas, ao lado de sua vocação universalista que estende seu modelo ao resto do continente. Trata-se, na França, da revelação da contraposição entre o Estado absoluto e o Estado constitucional. Estes seriam os dois maiores parâmetros de comparação entre as duas grandes tradições ocidentais na modernidade europeia¹⁶.

No sistema francês, a lei deveria ser geral e abstrata o suficiente para tentar alcançar todo o espectro possível de litígios. Conforme Gustavo Zagrebelsky, o seu caráter

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil: teoria geral do processo*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.29-30.

¹⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.153.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.102-103.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.96.

geral prevenia os excessos com suporte em uma normatividade média para todos, ao passo que garantia a realização do princípio da separação de poderes e também da imparcialidade do Estado em respeito à igualdade jurídica. O teor abstrato, a seu turno, respondia a uma exigência da sociedade liberal em sentido da garantia da estabilidade do ordenamento jurídico, valor associado à certeza e à previsibilidade do Direito¹⁷.

Em suma, para que não houvesse violação à igualdade formal e à segurança jurídica, enquanto garantias últimas do exercício da liberdade individual, era imprescindível que a lei fosse dotada destes atributos de generalidade e de abstração, para que, àqueles que detinham o poder de julgar, não coubesse nenhuma tarefa interpretativa com base nas circunstâncias peculiares do caso concreto, além da simples dicção dos estritos termos dos enunciados legislativos.

Assim é que Montesquieu conclui que “dos três poderes dos quais falamos, o Judiciário é, de algum modo, nulo”¹⁸ e que “os juízes da nação não são, [...], mais que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”¹⁹. Cesare Beccaria, ao seu turno, inquiria: “qual será, então, o legítimo intérprete das leis? O soberano, isto é, o depositário das vontades atuais de todos; e nunca o juiz, cujo dever consiste exclusivamente em examinar se tal homem cometeu ou não um ato ofensivo às leis”²⁰.

Regularmente concebida, a lei seria estritamente suficiente a permitir, pela aplicação do método dedutivo²¹, com base na vontade soberana do legislador, uma clara e exclusiva interpretação do Direito aplicável, esgotando, na mera repetição de seus próprios termos, as restritas atribuições do julgador. Prestar a jurisdição se bastava no processo de subsunção da lei geral e abstrata ao fato individual e concreto.

A lei se consubstanciava na expressão jurídica da hegemonia dos princípios políticos e jurídicos da burguesia liberal, de acordo com o que explica Gustavo Zagrebelsky. Era conhecida sua superioridade perante todos os demais atos jurídicos e frente mesmo aos

¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.29.

¹⁸ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, p.169.

¹⁹ *Ibidem*, p.172.

²⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.22.

²¹ Para Miguel Reale, o método dedutivo é aquele “que se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve, [...], de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, apenas graças às regras que presidem à inferência das proposições, ou, por outras palavras, tão-somente em virtude das leis que regem o pensamento em sua ‘conseqüencialidade’ essencial”. *Conferere* REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.83.

textos constitucionais da época, então pouco claros do ponto de vista jurídico, intangíveis apenas, porém, contra o retorno das concepções absolutistas. As leis, portanto, não tinham acima de si nenhuma norma que lhes impusesse limites, contendo nelas próprias as razões e os limites da ordem à qual estavam vinculadas no contexto de uma sociedade politicamente monista²².

Reduzia-se o Direito à legislação oriunda especificamente do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que se excluía de seu alcance as considerações de ordem fática ou axiológica. Tais providências de contenção acarretavam, por seu turno, a conseqüente atrofia dos Poderes Executivo e Judiciário. No domínio da tradição romano-germânica, dentro do Estado Liberal de Direito europeu, interessava à classe burguesa que o juiz se mantivesse vinculado aos estritos termos da lei, pois a história feudal continental estimulava desconfiança em torno da magistratura em face dos plausíveis receios da interferência do príncipe. A decisão judicial não poderia inovar o Direito ou servir de fonte a futuras decisões.

Destacando a relação direta entre o clamor por segurança jurídica e a vinculação do Poder Judiciário à legalidade estrita, Norberto Bobbio explica que naquela conjuntura a decisão do juiz deveria ser uma reprodução fiel da lei, sem liberdade de exercer atividade criativa. Do contrário, se ele pudesse ali modificar as leis com base, por exemplo, em fundamentos de equidade, o princípio da separação dos poderes seria negado, pois o juiz estaria usurpando a função própria do legislador ao atuar como tal. A subordinação dos juízes à lei garantia assim o valor nuclear da segurança do Direito, de modo que o cidadão soubesse com certeza se o próprio comportamento estaria ou não em conformidade com a lei posta²³.

A vinculação à legalidade, desta forma, sempre foi verdadeiramente uma técnica a garantir, naquele anterior modelo teórico, a segurança jurídica para a classe burguesa, valor este sim a que correspondia o verdadeiro princípio em jogo contra os poderes do príncipe. A legalidade era apenas um dos caminhos possíveis e foi o efetivamente adotado, por motivos de melhor adequação naquelas específicas circunstâncias históricas que embasaram a cultura jurídica, para atingir este desiderato no domínio da tradição jurídica romano-germânica. Nunca se configurou como um fim em si mesmo, nem tampouco o único meio disponível.

Essa conformação à legalidade estrita, porém, importava em uma ruptura estrutural que se traduzia logicamente em menor recurso legislativo a normas de textura aberta e em apequenar a importância e o papel dos princípios, na medida em que estes

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.31.

²³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.40.

instrumentos poderiam significar maior poder ou liberdade pela via interpretativa ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, condições estas últimas indesejáveis para a burguesia e seus interesses econômicos.

De tal maneira é possível concluir que, no plano da tradição romano-germânica a começar das transformações decorrentes da Revolução Francesa, apenas os estritos termos de regras legais claras e de sentido unívoco poderiam ditar o Direito aplicável a disciplinar a sociedade, sendo desnecessário o seu preenchimento com valores ou considerações de ordem moral. Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, “cultivava-se a ilusão, harmônica com o contexto das ideias que prevaleciam à época, de que a lei escrita seria capaz de abarcar todas as situações possíveis de ocorrerem no mundo empírico”²⁴.

O Estado de Direito moderno surgiu, conforme Luigi Ferrajoli, exatamente no momento da afirmação do princípio da legalidade como critério exclusivo para se identificar o Direito válido e existente, independentemente de sua valoração como justo. Uma norma jurídica era válida exclusivamente pela circunstância de ter sido posta por uma autoridade dotada de competência normativa. Se o Direito deixou de ser recebido pela tradição e constantemente reelaborado pela sabedoria dos doutores, a ciência jurídica – de antes imediatamente normativa – converteu-se em tendencialmente cognoscitiva, explicativa de um objeto do Direito positivo autônomo e dela separado²⁵.

No Estado moderno, consoante Jacques Chevallier, a normatividade jurídica se converte no vetor da racionalidade social, sendo considerados racionais aqueles que se ajustam às normas jurídicas. Em confiança absoluta no Direito, a sociedade moderna é conduzida ao fetichismo em torno destas normas, o que encobre uma concepção idealizada de que a forma jurídica corresponde a uma garantia suprema de realização do enunciado²⁶.

Para Antonio Enrique Pérez Luño, tratava-se de um mecanismo de compromisso, que implicava em diversas garantias formais, proclamadas por uma constituição que consagrava a divisão de poderes e o princípio da legalidade, com uma série de garantias materiais. A noção de legalidade supunha uma síntese da ideia liberal da defesa dos direitos

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.26.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. Traduzido para o espanhol por Pilar Allegue. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p.16.

²⁶ CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traduzido para o espanhol por Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p.178.

individuais com a ideia democrática da lei como produto da vontade geral²⁷. Para ele, a concepção do Estado Liberal de Direito passava por dois fechos definidores:

a) Uma aparente despolitização do Estado, que, antes de se propor a realizar fins políticos próprios, situa-se como instrumento neutro e disponível para assegurar juridicamente o livre jogo dos interesses econômicos.

b) Uma tendência de identificação do conceito do Estado de Direito com o princípio da legalidade, com a submissão da Administração à lei, assim como a possibilidade de controle de seus atos²⁸.

Observe-se ainda que, neste momento de busca pela segurança jurídica, é que surgiu a Escola da Exegese na França do século XIX, como uma das manifestações do positivismo jurídico legalista. Tratava-se ali da tentativa de criação de uma ciência jurídica cognoscitiva da norma jurídica positivada. A almejada neutralidade do Direito, de sua interpretação e do intérprete em relação aos valores passava a ser pressuposto da cientificidade do conhecimento jurídico. Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, esta concepção se originou quando o Direito positivo passou a ser considerado Direito no sentido próprio. Todo o Direito se reduzia ao Direito positivo, garantindo a exclusão do Direito natural de dentro da categoria de juridicidade²⁹.

De acordo com Clèmerson Merlin Clève, tal concepção científica era resultado de variáveis bem delimitadas: a busca da verdade do saber, com a garantia de certa imagem de controle dos enunciados, aliada aos anseios de segurança jurídica e previsibilidade do comportamento do Estado moderno, enquanto detentor do monopólio do exercício legítimo da violência. O Direito era o que, apoiado em determinada forma, irradiava do lugar legítimo a representar o exercício do monopólio da jurisdição pelo Estado, a emanação do próprio poder soberano. Correspondia ao conjunto de normas obrigatórias de origem estatal e formalmente ordenadas: “o saber jurídico não compreende seu objeto, mas, apenas, conhece as normas jurídicas dominantes”³⁰.

Tal delimitação precisa do objeto científico dizia respeito ao propósito declarado na primeira metade do Século XX por Hans Kelsen, para quem a teoria pura do Direito se propunha a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir tudo que não

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. rev. e ampl. Madrid: Tecnos, 2005, p.226.

²⁸ *Ibidem*, p.228-229.

²⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.153.

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin, *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, p.109-112.

pertencesse ao seu objeto. Em outras palavras, pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe fossem estranhos. Esse era seu princípio metodológico fundamental³¹. O positivismo jurídico recusava as fontes metafísicas ou divinas, pois todo o Direito passava a ser oriundo exclusivamente das fontes formais estabelecidas. Buscava-se também com isso trazer racionalização e cientificidade à ciência jurídica, de modo a favorecer mecanismos concretos e previsíveis de controle sobre a interpretação e a aplicação do Direito.

No ambiente da tradição romano-germânica, no Estado Liberal, o Direito foi reduzido à lei, sua fonte formal por excelência. A atividade do juiz de declaração do Direito consistia então na aplicação de um raciocínio dedutivo de subsunção do fato individual e concreto à norma geral e abstrata para revelação da solução da pendência judicial. Prevaleceu a ideia do princípio da segurança jurídica guarnecido nos estritos termos da produção do Poder Legislativo. Não se tratava, como se observou anteriormente, do único caminho possível, mas foi o efetivamente acolhido naquela tradição jurídica, por motivos de melhor adequação nas específicas circunstâncias que embasaram a cultura jurídica na conjuntura verificada. Outra realidade, todavia, se descortinava na tradição da *common law* quanto à percepção do fenômeno jurídico quanto à teoria das fontes e ao papel do Poder Judiciário.

2.1.2 Desenvolvimento da tradição jurídica da *common law* sob fundamento no direito costumeiro

A *common law* é uma tradição com origem na Inglaterra, pelos Tribunais Reais de Justiça (os Tribunais de Westminster), especialmente organizada após a conquista pelos normandos em 1066 d.C., se estendendo a todos países de língua inglesa, além de influenciar todos os já associados à própria Inglaterra.

Na visão de Pietro D'Amico, a *common law* corresponde a uma realidade sociológica e antropológica cuja extraordinária complexidade advém da sua evolução histórica sem solução de continuidade. É um Direito construído historicamente e de proveniência jurisprudencial, no qual o poder legislativo estatal não detém o monopólio de sua produção. Os juízes encontram-se no centro do desenvolvimento prudente de um tipo de engenharia social, que tende a fundamentar os direitos de cada indivíduo e a liberdade de todos³².

³¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.1.

³² D'AMICO, Pietro. *Common law*. Torino: Giappichelli, 2005, p.228-229.

O seu marco inicial é reconhecido com a instalação do feudalismo. No período anterior havia naquelas ilhas apenas o direito anglo-saxônico, sem que fosse possível ainda falar propriamente em um direito comum. De acordo com Mário Losano, anteriormente à conquista normanda, o território britânico abrigava simultaneamente normas de origem germânica e normas de direito romano e canônico, além de usos locais³³.

Na Idade média, a monarquia inglesa manifestou antecipada centralização de poder em razão da conquista normanda³⁴. Para defender a conquista das ilhas inglesas, ambiente hostil aos costumes dos normandos, estes resolveram se agrupar em torno de William, o conquistador (1035-1087). O feudalismo inglês findou por apresentar peculiaridades que o distinguiam daquele vivenciado no continente europeu, com a descentralização administrativa.

O maior resultado da conquista normanda, na observação de Theodore Plucknett, foi a introdução de métodos precisos e ordenados para o governo e o Direito na Inglaterra, resultado da experiência de um século e meio na Normandia, então o estado mais bem governado na Europa. William fortaleceu a Igreja internamente, enriquecendo-a e mantendo sua disciplina recém-reformada por Gregório VII, embora ao mesmo tempo limitando o seu poder político. Os bispos não deveriam mais realizar negócios eclesiásticos nos tribunais locais, mantendo seus próprios tribunais, em um sistema separado de cortes responsáveis pelo direito canônico³⁵.

Foi editado na época o *Domesday Book*, hoje reconhecido como o registro público mais antigo das terras inglesas, inclusive com resumo dos costumes dos condados e cidades, numa visão sobre o Direito em vigor. Por outro lado, foi afirmada uma cadeia de relações feudais com sucessivos senhores, na qual era assegurada a soberania da Coroa, a fidelidade ao monarca e os alicerces para a futura lei comum. Esta sistematização da terra tornou a Inglaterra o estado feudal mais organizado da Europa³⁶.

Formas estruturadas de governo e administração foram introduzidas pelos normandos. O soberano não repartiu o território conquistado em grandes feudos. Tornou assim os senhores mais dependentes do poder central e de sua organização militar, proporcionando necessária unidade política. Tais circunstâncias fortaleceram a monarquia,

³³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Traduzido por: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.327-328.

³⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.72.

³⁵ PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p.11-12.

³⁶ *Ibidem*, p.12-13.

fomentando conseqüentemente a unidade do Direito aplicável, todavia sem implicar em poderes irrestritos ao soberano.

De acordo com Norberto Bobbio, na Inglaterra medieval o poder do soberano se distinguia entre o poder de governo (*gubernaculum*) e o de aplicação da lei (*jurisdictio*). Ao exercer este último, o rei era obrigado a aplicar a *common law*, o que significava por si só em uma autêntica limitação de poder. Assim, ao contrário das monarquias absolutas da Europa continental, a monarquia inglesa nunca deteve um poder ilimitado³⁷.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, ao concluírem que “na Inglaterra, não chegou a haver propriamente absolutismo”, justificam exatamente que desde a Idade Média o poder real já era limitado pelos costumes, mas também por atos solenes, como a Carta Magna de 1215³⁸. Esta contenção de poder sofreu, todavia, resistência por parte de alguns soberanos – como Jaime I (1567-1625) e Carlos I (1625-1649) da dinastia dos Stuarts – que tentaram negar o poder de solucionar controvérsias aos juizes conforme a *common law*, sustentando para tanto a prevalência do direito estatutário. A postura encontrou oposição em autores como Sir Edward Coke. Citando as palavras de Bracton, no sentido de que “o rei não está sujeito aos homens, mas a Deus e à lei”, reafirmava o dogma pelo qual a lei, divina em sua origem e sanção, era a base sobre a qual a sociedade civil estava construída, além de suprema, acima do rei e das pessoas de igual forma³⁹.

Em oposição ao predomínio dos anteriores usos locais, a *common law* passou a ser o direito comum em toda Inglaterra, elaborado exclusivamente pelos Tribunais de Westminster, enquanto derivações autônomas do interior da própria *Curia regis*, na qual o rei tratava de questões de alta relevância. Inicialmente decidindo causas relativas a finanças reais, propriedade e posse de imóveis e graves questões criminais que perturbassem a paz do reino; a competência destes Tribunais gradativamente foi se alargando, seja porque a administração judicial proporcionava lucros, seja porque apenas eles poderiam determinar coercitivamente o comparecimento de testemunhas e o cumprimento de suas decisões. Ao final da Idade Média, já eram os únicos a administrar a Justiça, em substituição total às remanescentes jurisdições senhoriais⁴⁰.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.33.

³⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.72.

³⁹ PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010, p.49.

⁴⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.359-361.

Até 1875, os Tribunais de Westminster ainda não eram propriamente jurisdições de direito comum, porém verdadeiras jurisdições de exceção, nas quais os interessados, em determinados casos limitados e específicos, dirigiam-se ao Chanceler mediante o pagamento de uma taxa para lhe pedir a concessão de um *writ*, ou se reportavam ainda aos próprios juízes por querelas ou petições. Entre 1227 e 1832, o número de *writ* pouco cresceu: de 56 a apenas 76 fórmulas-padrão. O alargamento da competência destas Cortes apenas realmente veio a se destacar com as *actions on the case*, em que o autor pedia que, em consideração à exposição dos fatos pormenorizados da causa, os juízes aceitassem julgar seu litígio.

É de observar que, em contraposição aos juristas continentais mais atentos à regra substantiva do direito, os juristas ingleses concentravam real interesse nas questões processuais (*remedies precede rights*): garantir o reconhecimento da competência pelos tribunais reais e levar até o fim o processo. Neste sentido, nas palavras de René David, “a *common law* não se apresenta como um sistema que visa realizar a justiça; é mais um conglomerado de processos próprios para assegurar, em casos cada vez mais numerosos, a solução dos litígios”⁴¹.

Ocorre que, nas ilhas inglesas, o desaparecimento das jurisdições senhoriais tornou imprescindível o surgimento de outro mecanismo judiciário que alcançasse as matérias que escapavam da alçada da restrita competência das jurisdições reais. Segundo Roland Sèroussi, a parte prejudicada e insatisfeita com o formalismo acentuado da *common law* passou a recorrer, em casos excepcionais, diretamente ao rei, por intermédio do Chanceler, então seu confessor e sua consciência⁴². Mais adiante, no século XV, este ganhou cada vez mais autonomia, ao tempo em que sua intervenção era cada vez mais solicitada.

O Chanceler passava a decidir os casos com normas mais morais do que jurídicas, razão pela qual esta jurisdição passou a ser reconhecida como *equity*. Não estava vinculada aos tipos de *writs*, flexibilidade esta que permitia introduzir novos direitos e novas soluções. Isso, por outro lado, gerava incerteza, na medida em que tudo dependeria dos critérios morais adotados pelo Chanceler⁴³.

Em razão deste risco, pontua René David, as decisões do Chanceler – inicialmente pela equidade aplicada no caso concreto – passaram cada vez mais a ser sistematizadas. A partir de 1529, as queixas já lhe eram dirigidas como autêntico juiz, que seguia um processo

⁴¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.361-365.

⁴² SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Traduzido por Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p.21.

⁴³ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.330-331.

inspirado no direito canônico, com princípios substantivos oriundos deste direito e também do direito romano, que se expandiu em detrimento da *common law*.

Neste quadro, ao lado da desorganização da jurisdição exercida pelo Chanceler, os tribunais da *common law* encontraram em sua defesa a aliança do parlamento, com eles se coligando contra o soberano. Em consequência foi firmado um compromisso de convivência, pelo qual, ao lado da *common law* dos Tribunais de Westminster, ainda remanesceram as soluções de *equity* que completavam e aperfeiçoavam a primeira⁴⁴.

Na *equity*, a intervenção do Chanceler não implicava em novas regras de Direito a serem aplicadas dali para frente, nem tampouco modificar o direito existente, mas apenas respeitar a lei moral. O Tribunal do Chanceler aceitava os princípios da *common law* (*equity follows the law*), mas intervinha em alguns casos para aperfeiçoar o sistema de direito aplicado pelos Tribunais de Westminster, por mandados formais dirigidos ao réu, com certo caráter discricionário. Assim o agia no interesse da moral, inicialmente pelas exigências da consciência e posteriormente em certo número de casos típicos⁴⁵.

Na *common law* propriamente dita e na *equity* não havia, portanto, a vinculação à lei formalmente produzida pelo parlamento da forma rígida e insuperável como observada na tradição contemporânea romano-germânica dos países da Europa continental. Na Inglaterra, a *common law* limitou o poder do rei e do parlamento, prevalecendo sobre o direito posto pelo poder soberano naquilo que não contrariava ao direito comum.

A Revolução Gloriosa de 1688, que depôs a dinastia dos Stuarts, assentou o princípio da supremacia do Parlamento inglês, pautado pelo respeito aos direitos individuais e pela ideia de que o Poder Legislativo poderia produzir normas sobre qualquer matéria e que não haveria possibilidade de invalidação de suas decisões por outro órgão⁴⁶.

A revolução inglesa distinguia-se da francesa, consoante Jorge Miranda, porque se inseria numa linha de continuidade histórica estatal, enquanto a última, ao revés, almejava a reconstruir toda arquitetura do Estado desde o começo. Para ele, “o Direito constitucional inglês não nasce em 1689 com o *Bill of Rights*, o Direito constitucional francês nasce em 1789 com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”⁴⁷.

⁴⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.371-375.

⁴⁵ *Ibidem*, p.389-392.

⁴⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.72.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.72.

De acordo com John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, durante a mudança revolucionária, o positivismo estatal foi menos acentuado na Inglaterra do que na Europa continental. Na Inglaterra, as formas feudais foram preservadas, embora com conteúdo modificado; e os ritos da Igreja sobreviveram, embora a influência eclesiástica tenha se reduzido até o desaparecimento. Para eles, “no continente, a revolução parecia requerer uma rejeição da antiga ordem legal; na Inglaterra, ela parecia requerer sua aceitação e mesmo sua glorificação”⁴⁸.

Na tradição da *common law* houve bem menor influência da história e dos dogmas da Revolução Francesa. As fontes do Direito continuaram constituídas por uma reunião de estatutos normativos, decisões judiciais e práticas consuetudinárias, sem uma teoria hierárquica ou sistemática das fontes. Não houve assim uma tentativa revolucionária de produzir ou restabelecer a lei⁴⁹.

Luiz Guilherme Marinoni explica, por seu turno, que os juízes franceses, anteriores à Revolução, eram membros da classe aristocrática, mantinham laços espúrios com a aristocracia feudal e se negavam a aplicar a legislação contrária aos seus próprios interesses. Logo, era ali imprescindível neutralizar o Poder Judiciário. Na *common law*, por outro lado, códigos havia, mas não se prestavam a impedir o espaço de interpretação do juiz: a magistratura era uma força progressista afirmando o direito de tradição ancestral, em proteção ao indivíduo e em contenção dos abusos do governo⁵⁰. Para ele, “as histórias de poder no *common law* e no *civil law* foram as responsáveis pelas diferentes funções atribuídas aos juízes desses sistemas jurídicos”⁵¹.

Gustavo Zagrebelsky completa que a concepção da lei e do princípio da legalidade na tradição europeia distancia-se claramente do seu paralelo no *rule of law and not of men* inglês, embora orientados pela defesa de ideais políticos similares. Na tradição europeia continental, a luta contra o absolutismo significou substituir o rei pelo poder absoluto da assembleia soberana, por intermédio da lei; ao passo que na Inglaterra representou opor ao rei os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representadas pelo parlamento, sendo a lei – como produto de justiça – apenas um dos componentes da complexa

⁴⁸ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.47.

⁴⁹ *Ibidem*, p.52.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.43-47.

⁵¹ *Ibidem*, p.48.

tradição da *common law*⁵². Com a superação do jusnaturalismo, enquanto na tradição romano-germânica o Direito passou a ser rigorosamente codificado, na *common law* o Direito passou a ser constituído especialmente pela decisão judicial, como uma tradução da confiança e do espaço do juiz nesta tradição.

Como destaca René David, o direito inglês proveniente dos processos da *common law* é de natureza jurisprudencial (*case law*), estando a *legal rule* no nível do caso concreto em razão do qual foi emitida, apenas sendo compreendida segundo os elementos do litígio específico em que é afirmada. Enquanto os direitos da tradição romano-germânica representariam sistemas fechados, no sentido de que toda questão poderia ser resolvida pela interpretação de uma regra existente, o direito inglês seria um sistema aberto, pelo qual, partindo-se das *legal rules* estabelecidas, busca-se descobrir aquela que deverá ser aplicada: cada nova situação, uma nova regra⁵³.

Em que pese a importância da decisão judicial para elaboração da norma aplicável ao caso concreto, a adoção de regra expressa sobre precedentes vinculantes é bastante posterior ao surgimento da tradição da *common law*, o que terminou por ocorrer de forma imperceptível em um processo histórico no qual as decisões passaram a ser reconhecidas como aplicação do direito costumeiro. Para José Rogério Cruz e Tucci, embora não houvesse regra jurídica que impusesse força vinculante aos precedentes judiciais, a *common law* desde sua fase embrionária já mostrava natural vocação para ser um sistema de *case law*⁵⁴.

Hans Kelsen, por seu turno, pondera que, na hipótese de criação consuetudinária das normas gerais, a adaptação do Direito às circunstâncias em mutação é ainda mais difícil do que quando emanadas de um órgão legislativo central. Desta maneira, é compreensível que a jurisprudência com força de precedente tenha se desenvolvido especialmente no domínio da *common law*⁵⁵.

Uma maior precisão no estudo e no manuseio das decisões judiciais tornou-se possível com os *Law Reports* – compilações de jurisprudência surgidas em meados do século XVI, como as coleções de Edmund Plowden, James Dyer e Edward Coke. Havia, entretanto, até o século XVII, ampla discricionariedade franqueada aos juízes para acolher ou não os precedentes. Apenas depois da primeira metade do século XIX, foi efetivamente fixada na

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.25.

⁵³ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.410-411.

⁵⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.154.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.282.

Inglaterra a regra do precedente (*rule of precedent*), vinculando os juízes à observância do quanto realizado pelos seus antecessores. Os únicos precedentes obrigatórios, todavia, eram os emanados das cortes superiores, tendo os demais somente valor de persuasão.

Na decisão do caso *Beamish v. Beamish*, em 1861, foi estabelecido que a Câmara dos Lordes (*House of Lords*) estaria obrigada a acatar seus próprios julgados. Segundo a doutrina do *stare decisis*, tendo o tribunal decidido uma questão legal, os casos subsequentes com fatos semelhantes deveriam ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior⁵⁶. Na *common law*, cujas regras de Direito foram construídas pelas decisões dos Tribunais, esta doutrina foi um mecanismo encontrado para garantir a certeza do sistema⁵⁷. Em 1898, no caso *London Tramways Company v. London Country Council*, foi estabelecida a eficácia externa a todas as cortes de grau inferior. A possibilidade de corrigir eventuais erros no julgamento apenas foi exercida em 1966, por ocasião da proclamação do *Practice Statement of Judicial Precedent*, de modo a prevenir injustiças e atender ao desenvolvimento do Direito⁵⁸.

Acerca desta passagem histórica, Neil Duxbury assinala ainda que a doutrina do *stare decisis* surgiu na Inglaterra do século XVIII, porque ali os Tribunais tinham mudado de estrutura dois séculos antes, de modo que as partes passaram a apresentar argumentos antes da audiência, o que levou os juízes a produzir regularmente decisões motivadas, tomando a forma assim do que hoje se conhece por precedente. Em seguida foram estabelecidos repositórios do Direito produzido e, ao final do século XVII, introduzido o sistema hierárquico de cortes de apelação. Parte da explicação da autoridade dos precedentes judiciais, portanto, advém da necessidade dos juízes apresentarem razões para decidir⁵⁹.

A datar ainda do século XIX foram verificadas grandes transformações no direito inglês: o desenvolvimento da legislação, uma maior atenção ao direito substancial e a sistematização das soluções da *common law*. Com as *Judicature Acts* de 1873 a 1875, houve a reestruturação do sistema judiciário inglês, sendo que todas as jurisdições inglesas passaram a ser igualmente competentes para aplicar as regras da *common law* e da *equity*. Como salienta Roland Sèroussi, as duas famílias do direito inglês se aproximaram, mas não se unificaram,

⁵⁶ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v.782, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez.2000, p.90.

⁵⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.194.

⁵⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.155-161.

⁵⁹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.25.

mantendo particularidades e podendo, dali em diante, ser invocadas e aplicadas perante uma mesma Suprema Corte⁶⁰.

Até 2009, para além da função legislativa, a Câmara dos Lordes passou a ser o Tribunal Supremo da Grã-Bretanha, com exceção da Escócia. Neste período recentemente findado, o Chanceler acumulou as funções políticas, judiciárias e administrativas, na medida em que foi o presidente da Câmara Alta. Esta circunstância levou Mario Losano a destacar que, “como ordenamento jurídico de um Estado que refutou vitoriosamente a Revolução Francesa e, portanto, ignora a divisão de poderes, o Common Law prevê que o vértice judiciário coincida com o parlamento”⁶¹.

Diante do *Constitutional Reform Act* de 2005, foi estabelecida a Suprema Corte do Reino Unido, que passou a funcionar em primeiro de outubro de 2009, assumindo as funções jurisdicionais outrora da Câmara dos Lordes.

Cumprir pontuar alguns aspectos da tradição da *common law* nos Estados Unidos.

Treze colônias inglesas estavam ali constituídas em 1722, sendo a primeira na Virgínia em 1607. Nestas localidades, a *common law* inglesa foi aplicável a partir de 1608 no *Calvin's case*, no entanto conforme fosse apropriada às condições de vida dos colonos⁶². No século XVIII, a melhoria das condições de vida dos colonos e o desenvolvimento da economia fez com que a *common law* fosse vista como proteção das liberdades públicas contra o absolutismo real, além de elo contra a ameaça francesa da Louisiana e do Canadá. Iniciou-se um movimento pela aplicação mais geral da *common law* e das leis inglesas.

Com a independência americana em 1776, a França tornou-se uma aliada para os Estados Unidos, na mesma medida em que foram reservados sentimentos hostis à Inglaterra. Era necessário tornar autônomo o direito americano, o que conduzia à necessidade de uma codificação para complementar a Constituição dos Estados Unidos de 1787. O Estado de New Orleans adotava códigos à maneira francesa⁶³.

Os Estados Unidos, entretanto, mantiveram-se na *common law*. As razões de tal permanência podem ser sintetizadas em três aspectos básicos: em primeiro lugar, pela língua inglesa e pela origem do povoamento; em segundo, pela força de algumas obras de juristas como Kent em seus “Comentários” (1826-1830); em terceiro, porque, após a Guerra de

⁶⁰ SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Traduzido por Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001, p.23.

⁶¹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.330-333.

⁶² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.449-450.

⁶³ *Ibidem*, p.449-452.

Secessão (1861-1865), aumentou a influência das escolas de direito, num ensino fundado sobre a *common law*.

Este conflito interno entre as tradições romano-germânica e a inglesa conferiu ao sistema de *common law* dos Estados Unidos características originais peculiares, que muitas vezes o aproximam do primeiro. O direito inglês admitido na América é o que vigorava na Inglaterra na época da dominação inglesa, sendo que o desenvolvimento posterior a 1776 foi independente, até como medida da soberania americana. A partir daí os direitos inglês e americano tomaram rumos próprios embora com certo paralelismo, conforme a evolução histórica e econômica, além das peculiaridades das civilizações inglesa e americana⁶⁴.

Com se observa nesta síntese do desenvolvimento da tradição jurídica da *common law*, as condições históricas específicas das ilhas britânicas acarretaram uma conjuntura completamente distinta da vivenciada na Revolução Francesa no continente, especialmente considerando que o fortalecimento monárquico inglês não acarretou poderes absolutos ao soberano, bem assim que a magistratura de então era uma força de contenção dos abusos do governo. Inexistindo desconfiança quanto aos juízes e mantendo-se os costumes como fonte preferencial do Direito, o valor da segurança jurídica na *common law* não seria estritamente dependente da observância dos rigorosos termos dos enunciados da lei em sentido estrito, mas sim da construção de um direito jurisprudencial por intermédio dos precedentes judiciais.

2.1.3 Precedente judicial na produção do Direito pelo método indutivo diante do caso concreto

Ao se tratar de um sistema de precedentes judiciais é necessário identificar o que seja precedente e quais as categorias principais e efeitos que lhe são associados.

Segundo Hans Kelsen, pode ser atribuída competência aos tribunais para, por meio de suas decisões, criar não apenas uma norma individual, mas também geral e vinculante para os casos idênticos como precedente judicial. O precedente é criado quando a norma individual por ele estabelecida não tem o conteúdo predeterminado por uma norma geral legal ou costumeira, ou quando esta determinação não é unívoca. No primeiro caso, é criado Direito novo; no segundo, a interpretação adquire o caráter de norma geral⁶⁵.

⁶⁴ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.453-455.

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.277-278.

Embora a argumentação até aqui tenha induzido uma aparente semelhança do precedente com a experiência de casos passados ou com a jurisprudência, não existe relação de identidade entre estas categorias.

O precedente judicial distingue-se da simples experiência. Não é incorreto concluir, como sustenta Estefânia Maria de Queiroz Barboza, que “o corpo de precedentes disponíveis para serem considerados em qualquer sistema jurídico representa, [...], uma acumulação de conhecimento do passado”⁶⁶. Ocorre, entretanto, que o reconhecimento do precedente judicial como critério a vincular o juiz ocasiona um descolamento da norma ali produzida em relação ao valor correspondente àquela experiência que lhe afigura antecedente.

Embora a experiência frequentemente guie as ações presentes, Neil Duxbury adverte que o precedente não se confunde com aquela porque, quando uma decisão sucessiva nele se baseia, está considerando apenas a circunstância das razões terem sido utilizadas anteriormente e não o valor que elas venham a ensinar ou o quanto elas tenham em termos de aprovação pelo juiz⁶⁷.

Noutros termos, Frederick Schauer, explica que, diferentemente da experiência, um argumento baseado em apenas um precedente convida que o juiz chegue a determinado resultado independentemente do que entende correto e do que acredite ter sido determinante para se alcançar o resultado anterior⁶⁸. Trata-se da independência da norma perante as motivações do seu produtor, em raciocínio similar ao efetuado ante à independência da regra legislativa em relação à vontade do legislador.

De igual modo, em que pese a adesão a precedentes judiciais tender a proporcionar a jurisprudência uniformizada, tampouco estas duas categorias guardam relação de identidade entre si. De acordo com Hermes Zaneti Jr., “precedentes judiciais não se confundem com direito jurisprudencial, enquanto repetição de decisões reiteradas, ainda que este direito possa ser considerado influente ou persuasivo de fato”⁶⁹.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.198.

⁶⁷ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.2.

⁶⁸ SCHAUER, Frederick. Precedente. Traduzido por André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.55. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.84.

⁶⁹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.324. Em idêntico sentido, SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.142.

Consoante Michele Taruffo, além desta diferença em termos quantitativos, no aspecto qualitativo, ao contrário da jurisprudência, o precedente fornece uma regra universalizável a ser aplicada nos casos sucessivos que apresente identidade ou analogia entre os fatos com alicerce em uma comparação a ser empreendida pelo juiz⁷⁰. Deste modo, enquanto decisões reiteradas conduzem à formação de uma linha jurisprudencial, o precedente tende a propiciar a uniformização das decisões subseqüentes.

O precedente judicial pode ser conceituado nos sentidos amplo e estrito.

Em sentido amplo, os precedentes correspondem às decisões anteriores que funcionem como modelos para decisões posteriores⁷¹. Nem sempre, todavia, as decisões judiciais serão precedentes, pois diversamente há aquelas que apenas aplicam uma lei que não seja objeto de controvérsia em estrita subsunção dos fatos ao texto legal, bem assim as que exclusivamente citem decisão anterior sem trazer nenhuma nova especificação ao caso⁷². Na definição de Evaristo Aragão dos Santos, precedente em sentido amplo é “uma decisão potencialmente relevante para influenciar no julgamento de outros casos no futuro”⁷³. O traço marcante distintivo então repousa na existência ou não deste potencial prospectivo de influência.

Em sentido estrito, no entanto, o precedente judicial vem a coincidir com a tese jurídica que se extrai da fundamentação da decisão – a *ratio decidendi* (ou *holding*, para os norte-americanos). Sob este enfoque é que Daniel Mitidiero afirma que o precedente judicial não equivale à decisão judicial, mas a partir desta é formado, trabalhando essencialmente sobre os fatos jurídicos relevantes que compõem o caso examinado pela jurisdição e que determinaram a prolação da decisão.

Trata-se aqui da “generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz”, o que não se identifica com a fundamentação da decisão em sua íntegra. São razões necessárias, porque sem elas é

⁷⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 36, v.199, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2011, p. 142-143.

⁷¹ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____; _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p.2. Em sentido similar, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p.441.

⁷² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial*. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Juspodivm, 2015, p.324.

⁷³ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.145.

impossível se chegar à solução; e suficientes, porque bastam em si a esta solução⁷⁴. A *ratio decidendi*, embora extraída do caso concreto, deve ser universalizada como uma regra, ainda que a solução seja obtida com suporte em um princípio ou da colisão entre dois ou mais princípios⁷⁵.

No processo decisório, portanto, são criadas duas normas: uma geral na fundamentação, mediante raciocínio indutivo, tendo em vista a interpretação dos fatos em sua conformação com o Direito (a *ratio decidendi*); outra individual no dispositivo, pelo método da subsunção, que resolve a situação do caso a partir da norma geral anterior, apta a constituir a coisa julgada. Para Robert Alexy, “o uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente”, sendo que importa destacar o que se pode considerar como norma (a *ratio decidendi*)⁷⁶.

Marcelo Alves Dias de Souza destaca os três métodos principais para a determinação da *ratio decidendi* de um caso:

a) Teoria de Wambaugh, pela qual a *ratio* seria o enunciado que quando invertido alteraria a conclusão, motivo pelo qual seria apontada no plano lógico como uma proposição necessária à decisão judicial. Se esta inversão não acarretasse alteração, corresponderia então a *obiter dictum*.

b) Teoria de Oliphant, pela qual a *ratio* não guardaria nenhuma relação com o raciocínio do juiz para chegar à decisão, mas sim de qual forma ele decidiu o caso, como uma combinação entre sua resposta e os estímulos dos fatos trazidos à apreciação.

c) Teoria de Goodhart, pela qual a *ratio* não é encontrada nas razões da fundamentação, nem nas regras utilizadas e nem tampouco na necessária integralidade dos fatos apresentados, mas apenas nos fatos fundamentais e na decisão baseada neles⁷⁷.

Arthur L. Goodhart inicia sua construção partindo de uma crítica às teorias de Wambaugh e de Oliphant. Quanto à primeira, anota que, embora tenha o mérito de distinguir a decisão concreta da *ratio decidendi* e de demonstrar que esta deve corresponder a uma proposição necessária, não aponta regras concretas de interpretação que permitam evoluir do

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, v.206, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p. 70-72.

⁷⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p.451-452.

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2.ed. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução por Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p.268.

⁷⁷ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 3.reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p.126-133.

nível da generalização⁷⁸. Quanto à segunda, aduz que, apesar de por em relevo a importância dos fatos trazidos ao processo, não especifica os fatos fundamentais que efetivamente foram levados em consideração na decisão, sendo que tal escolha é o passo mais essencial à definição do princípio do caso⁷⁹.

Fixa então regras para determinação da *ratio decidendi*, pela quais, como visto, esta seria encontrada nos fatos fundamentais reconhecidos pelo juiz e em como a decisão os leva em consideração, ao invés de ser buscada em razões ou regras de direito apresentadas ou tampouco na consideração de todos os fatos do caso e da decisão. Em seguida, estabelece uma série de elementos que permitem diferenciar se os fatos são ou não fundamentais, inclusive delimitando que, caso a discussão não os distinga, todos deverão ser reputados fundamentais. Se a conclusão se embasou em fato hipotético, vale dizer, cuja existência não tenha sido determinada ou aceita pelo juiz, trata-se de uma *dictum*⁸⁰.

A *ratio decidendi* de um caso corresponde aos fatos fundamentais assim selecionados pelo juiz, ao que é acrescida a decisão neles baseada. Para Neil Duxbury, a escolha dos fatos pelo juiz cria a regra e vincula a doutrina do precedente ao princípio de que casos iguais devem ser julgados de igual forma (*like cases be treated alike*). Logo, qualquer órgão judicial que se encontre vinculado pelo precedente deve chegar à mesma conclusão alcançada no caso anterior, a não ser que haja um fato presente relevante e distinto ou, pelo contrário, que esteja ausente algum fato relevante antes considerado⁸¹.

Extraída a *ratio decidendi* acerca da decisão sobre a pretensão posta em juízo, o que restar na respectiva fundamentação decisória corresponderá ao que se entende por *obiter dictum* (ou *dictum*). Em outras palavras, trata-se do argumento ou comentário constante da fundamentação que é prescindível à solução do caso, ali não se configurando assim *ratio decidendi*, embora possa se constituir suporte para a construção da decisão.

No escólio de Nicola Picardi, enquanto a *ratio decidendi* estaria relacionada à argumentação jurídica na qual é fundamentada a decisão sobre os fatos da causa, *obiter dictum* seriam apenas considerações sobre o caso das quais não decorrem diretamente a decisão, uma espécie de apontamento conceitual sem o caráter de precedente⁸², ou ainda, na

⁷⁸ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v.40, n.2, dez. 1930. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.162.

⁷⁹ *Ibidem*, p.169.

⁸⁰ *Ibidem*, p.182-183.

⁸¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.83.

⁸² PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.1, ano XXXIX, Milão: Giuffrè, mar. 1985, p.204.

consideração de Marcelo Alves Dias de Souza, uma proposição de Direito com ligação muito tênue com a matéria do caso e pouquíssimo persuasiva⁸³.

Para Robert Alexy, uma dificuldade decisiva no uso dos precedentes relaciona-se com seu fundamento no princípio da universalidade, que implica em tratar de igual maneira aquele que é igual. Como na diversidade própria da realidade prática, não há casos rigorosamente iguais, é então imperioso determinar a relevância destas diferenças. Outra dificuldade pode residir em casos com identidade de circunstâncias relevantes, mas que haja uma modificação na valoração destas circunstâncias entre uma e outra decisão ser tomada, uma vez que, se negada a alteração, estaria descumprida a pretensão de correção de toda decisão⁸⁴.

No entendimento de Hans Kelsen, a igualdade possível entre dois casos reside justamente nesta coincidência não completa porque impossível, mas de pontos essenciais, o que apenas pode ser alcançado com base na norma geral que é criada pela decisão com caráter de precedente. Para ele, “a formulação desta norma geral é o pressuposto necessário para que a decisão do caso precedente possa ser vinculante para a decisão de casos ‘iguais’”⁸⁵.

Inexistente a igualdade das circunstâncias relevantes que compõe a *ratio decidendi* da decisão anterior, aplica-se a técnica da distinção (*distinguishing*) para afastar a incidência do precedente judicial.

Para que um precedente seja aplicável é necessário que se trate da mesma questão ou que seja semelhante em raciocínio analógico, pois, havendo particularidades fático-jurídicas não consideradas e consistentes, o caso é de distinguir e recusar a aplicação⁸⁶. Nas palavras de Lorena Miranda Santos Barreiros, o *distinguishing* desempenha “papel fundamental no resguardo do direito da parte ao acesso à ordem jurídica justa, refreando os excessos da tendência universalizante que subjaz à aplicação indiscriminada de precedentes judiciais”⁸⁷.

⁸³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 3.reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p.140.

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2.ed. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução por Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p.265.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.278.

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, v.206, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p. 72-73.

⁸⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multilateral. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.196.

Sob a perspectiva adequada de generalidade, é necessário verificar se existe ou não coincidência entre os fatos fundamentais do precedente e os fatos fundamentais do caso em análise presente; uma vez inexistente, os casos devem ser reconhecidos distintos e o precedente não deverá ser seguido⁸⁸. Nesta hipótese

, todavia, como o cumprimento da pretensão de correção integra o cumprimento da universalidade, é necessário que seja preenchida sua condição geral: a argumentação seja justificável. Logo, se cabe o afastamento em relação ao precedente, a carga de argumentação é de quem dele se afastar – princípio da inércia perelmaniano⁸⁹. Aquele que sustenta a distinção tem o ônus da demonstração argumentativa.

Dois efeitos dos precedentes são destacados: o primeiro, *retrospectivo*, que vincula a solução do caso presente ao quanto decidido no passado; o segundo, *prospectivo*, que atribui responsabilidade aos juízes na medida em que sua decisão presente vinculará os casos posteriores, contribuindo para o próprio desenvolvimento do Direito⁹⁰.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, “quando se pensa em termos de precedente, a decisão de hoje não apenas considera o passado, mas também serve de guia para o futuro”⁹¹. Neste sentido, a dimensão da eficácia do precedente, de acordo com José Rogério Cruz e Tucci, corresponde exatamente à intensidade desta influência sobre a decisão futura⁹². Embora encartado na fundamentação de um ato jurídico correspondente à decisão judicial, o precedente é tratado pelo Direito como um fato, cujos efeitos independem da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu.

A eficácia jurídica de um precedente variará conforme o direito positivo. Podem os precedente ser classificados em vinculantes ou persuasivos. No precedente vinculante, o juiz está obrigado a respeitá-lo ainda que haja boa justificativa para não o fazer, ao passo que no precedente persuasivo o juiz encontra-se obrigado a considera-lo como fundamento, exceto diante de razões em sentido contrário⁹³.

⁸⁸ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 3.reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p.142.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2.ed. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução por Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005, p.265.

⁹⁰ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.4; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____; _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p.2.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.87.

⁹² CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Revista Lex*, v.63, São Paulo: Lex, jan./fev.2003, p.30.

⁹³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.202.

Com base nesta compreensão do precedente judicial podem ser observadas características próprias da tradição da *common law* que interferem precipuamente na metodologia de apreensão do fenômeno jurídico. De acordo com Pietro D’Amico, antes de uma tradição jurídica, a *common law* pode ser reconhecida como um método de produção e realização do Direito, não enquanto norma abstrata ou lei vinculante, mas como decisões jurisprudenciais singulares nos casos singulares, com fundamentos na história. Trata-se de um método indutivo, centralizado no fato sobre o qual se adaptam os princípios fundamentais⁹⁴.

Há, portanto, uma inversão da lógica amplamente adotada na tradição romano-germânica nos moldes do Estado Liberal de Direito. Segundo Elisabeta Vianello, o conceito de abstração seria mesmo estranho à mentalidade inglesa, que não conheceria a formulação de normas de direito em termos gerais e abstratos⁹⁵.

Na *common law*, segundo Thomas da Rosa de Bustamante, criação e aplicação do Direito não se distinguem de forma evidente. A razão de decidir é procurada em um padrão de comportamento para o caso concreto adotado pelo juiz, enquanto intérprete autorizado. Na ausência de um corpo de normas jurídicas gerais e abstratas, o desenvolvimento do Direito é por ele promovido, de forma lenta e gradual, a partir de um sistema de *topoi*, diante da casuística concreta apresentada⁹⁶. O raciocínio na *common law* é casuístico, indutivo e particularista, dentro do pensamento tópico, o que se explica pela ausência de codificação a demandar a solução das questões apoiada em normas concretas^{97 98}.

Em similar sentido, Gustavo Zagrebelsky identifica que o desenvolvimento do Direito na *common law* não depende de uma dedução refinada baseada em grandes princípios racionais na lógica de um direito universal e atemporal, mas sim de uma atividade de indução

⁹⁴ D’AMICO, Pietro. *Common law*. Torino: Giappichelli, 2005, p.230.

⁹⁵ VIANELLO, Elisabeta. La relatività della regola «stare decisis» nella pratica del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.2, ano XLVI, Milão: Giuffrè, jun.1992, p.634.

⁹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.5-6.

⁹⁷ *Ibidem*, p.11-12.

⁹⁸ Para Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “quando se fala, hoje, em tópica pensa-se, [...], numa técnica de pensamento que se orienta para problemas. Trata-se de um estilo de pensar e não, propriamente, de um método. Ou seja, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência nem de cânones para julgar a adequação de explicações propostas, nem ainda critério para selecionar hipóteses. Em suma, não se trata de um procedimento verificável rigorosamente. Ao contrário, é um modo de pensar, problemático, que nos permite abordar problemas, deles partir e neles culminar. Assim, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa. [...] Os pontos de vista referidos, chamados *loci, topoi*, lugares-comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de séries argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um dado, como algo que dirige e orienta a argumentação, que culmina numa solução possível entre outras”. *Conferere* FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p.290.

em consideração à experiência empírica retratada nos casos concretos. Trata-se, portanto, de um processo inacabado e historicamente sempre aberto, em que o Direito avança a começar da constatação da insuficiência das normas existentes perante a necessidade da justiça no caso concreto⁹⁹.

Em razão disso é possível evidenciar que a relativa independência do Direito quanto à fonte formal representada pela lei geral e abstrata é fator que favorece a técnica casuística, centralizada nos fatos da causa sobre os quais se adaptam princípios fundamentais. O precedente judicial é formado então com base essencialmente na matéria fática relevante, examinada pelo juiz e determinante para a decisão. Neste cenário o desenvolvimento do Direito avança gradativamente com base em um método indutivo de percepção do fenômeno jurídico, aplicado em decisões judiciais singulares no caso concreto, o que garante o princípio da segurança jurídica na dinâmica dos efeitos retrospectivos e prospectivos dos precedentes.

A tradição romano-germânica passou por transformações paradigmáticas, cujos reflexos foram sentidos no domínio da teoria das fontes, representando certa aproximação com a *common law*.

2.2 APROXIMAÇÃO ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS ROMANO-GERMÂNICA E DA *COMMON LAW*

O Direito na tradição romano-germânica pós Revolução Francesa, quanto à vinculação à legalidade e à própria teoria das fontes, seguiu caminho distinto daquele vivenciado na *common law* inglesa do mesmo período, como reflexo direto das distintas conjunturas políticas em cada Estado e da diversidade do raciocínio lógico e de apreensão do conhecimento.

Enquanto expressões da cultura as tradições jurídicas romano-germânica e da *common law*, todavia, continuaram a sofrer os influxos da realidade em sua dinâmica evolução histórica. Diante de novos e específicos fatores cambiantes na sociedade, a distância entre as tradições jurídicas ocidentais não tardou a reduzir.

2.2.1 Novos modelos constitucionais como resposta às insuficiências do Estado Liberal de Direito

⁹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.26.

No século XIX ocorreram relevantes transformações socioeconômicas que demonstraram as insuficiências do Estado Liberal de Direito, especialmente pelo desequilíbrio na livre concorrência, inexistência de justa renda para os trabalhadores e concentração de capitais. Em razão disso, esta concepção perdeu seu primado no século seguinte, quando se expandiram as funções do Estado, que passou a intervir de forma mais contundente na economia, no denominado Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar Social.

Esta contradição essencial entre o quanto prometido e o que efetivamente ofertado pela concepção liberal é apreendida por Dirley da Cunha Júnior, ao explicar que “o homem, livre por natureza, mas sufocado e oprimido pelos graves problemas sociais, foi buscar proteção do Estado, de quem passou a depender, para desenvolver suas virtualidades”¹⁰⁰. A liberdade garantida, por si só, não era condição suficiente ao alcance da igualdade em todos os seus aspectos, especialmente em termos substanciais pelos cidadãos.

Conforme Onofre Alves Batista Júnior, o Estado já não podia permanecer indiferente ao processo crescente de acumulação capitalista que aumentou a desigualdade social e agravou os problemas sociais da classe proletária. Tratou-se de uma resposta a uma demanda democrática daqueles que conquistaram direito a voto ou força para exigir proteção, em sentido da ampliação heterogênea do espectro de interesses públicos: prestação de direitos econômicos, sociais e culturais ao povo, ao lado das liberais liberdades e garantias individuais. O Estado do Bem-Estar Social nasceu visando a debelar as crises do capitalismo, a partir de uma economia de mercado dirigida e um sistema político pluralista e aberto¹⁰¹.

Na lição de Antonio Enrique Pérez Luño, ao integrar os princípios da liberdade e da solidariedade, antes contrapostos na concepção liberal, o Estado Social de Direito passou a apresentar as seguintes notas distintivas:

a) A afirmação da necessidade de um mútuo condicionamento entre os princípios social e democrático e o Estado de Direito, de modo que a lógica democrática do princípio da soberania popular caminhasse ao encontro da lógica jurídico-constitucional do conceito de Estado de Direito.

b) A pressuposição do reconhecimento da abolição fática da separação entre Estado e sociedade, pela qual se inferisse a exigência de que o Estado assumisse a responsabilidade de transformação da ordem econômico-social no sentido da realização material da ideia democrática de igualdade.

¹⁰⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p.489.

¹⁰¹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 40-43.

c) A superação do caráter negativo dos direitos fundamentais, que deixassem de ser considerados como uma mera autolimitação do poder soberano do Estado, para transformar-se em instrumentos de controle de sua atividade positiva.

d) A exigência de que a estrutura estatal funcionasse de forma plural e possibilitasse a participação de pessoas e grupos no processo político, econômico, social e cultural.

e) O abandono da concepção formalista e conservadora do Estado de Direito, com a manutenção do princípio da primazia do Direito¹⁰².

O novo paradigma se configurou como uma alternativa de modelo de Estado para suprir as vicissitudes do padrão liberal, numa possível correção de rota diante inclusive da ameaça de sedução da sociedade pela doutrina socialista então em ascensão. Para além de simplesmente garantir as liberdades individuais numa dimensão negativa, passava a caber ao Estado prover, mediante prestações numa dimensão positiva, os direitos fundamentais de segunda geração: direitos sociais, econômicos e culturais, incorporados às novas cartas constitucionais.

A datar do final da Segunda Guerra Mundial na Europa continental operou-se a passagem ao Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito, no qual, consoante Dirley da Cunha Júnior, a legislação passou a ser subordinada a constituições rígidas, ordenadas hierarquicamente em patamar superior como normas de reconhecimento de sua validade. A constituição, com eficácia jurídica vinculante e dotada de intensa carga valorativa, passava ali ao centro do sistema jurídico, enquanto a lei migrava em sentido de sua zona periférica¹⁰³.

Esta migração para o Estado Constitucional de Direito, segundo Luigi Ferrajoli, implicou em alterações em planos distintos de análise. Quanto às condições de validade da lei, esta passou a depender da verificação de sua coerência com o conteúdo dos princípios constitucionais, para se mostrar substancialmente válida. No que se refere ao estatuto epistemológico da ciência jurídica, a Constituição passou não apenas a disciplinar as formas da produção legislativa, como também impor a esta proibições e obrigações de conteúdo.

O papel da jurisdição, por outro lado, passou a ser o de aplicar a lei apenas quando constitucionalmente válida, cabendo o reconhecimento de sua inconstitucionalidade quando impossível a interpretação em sentido contrário. Por fim, a subordinação da lei aos princípios

¹⁰² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. rev. e ampl. Madrid: Tecnos, 2005, p.232-235.

¹⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p.34-35.

constitucionais limitou os poderes das correntes majoritárias que poderiam do contrário ser absolutos, implicando assim numa nova concepção democrática¹⁰⁴.

Destaque-se, todavia, que Antonio Enrique Pérez Luño nega que o Estado Democrático de Direito tenha sido rigorosamente uma alternativa ao Estado Social de Direito. É que a exigência de que o Estado providenciasse a realização material das necessidades reais da sociedade combinada com o desencanto produzido pela perseverança e pela aparição de fenômenos contrários a este êxito do Estado Social de Direito conduziram a nele potencializar a virtuosidade do princípio democrático. Deste modo, para ele, antes de uma alternativa, representava sim uma íntima e necessária conexão dos princípios democrático e social com o Estado de Direito, diante de interpretações conservadoras que negavam tal complementariedade¹⁰⁵.

Para Paolo Comanducci, a seu turno, há três vertentes de análise deste fenômeno de transformação do papel constitucional: a teórica, a ideológica e a metodológica. Pela primeira, é caracterizado por uma Constituição que positiva um catálogo de direitos fundamentais e é preenchida absolutamente por regras e princípios que não esteiam a prevalência do Estado, da centralidade da lei e do formalismo interpretativo. Pela segunda, é posta em segundo plano a limitação do poder estatal, para priorizar como objetivo a garantia dos direitos fundamentais, predicando uma obrigação moral de obedecer à lei. Pela terceira, é amparada uma conexão necessária, identificadora e justificante entre Direito e Moral, firmada pelos princípios constitucionais e pelos direitos fundamentais¹⁰⁶.

Os conflitos nos Estados europeus no Século XIX se encarregaram de demonstrar a fragilidade da visão do Estado de Direito em termos simplesmente formais conforme o perfil liberal, evoluindo então para um conceito mais amplo de Estado de Direito material, por intermédio do qual a Justiça buscaria tornar eficazes os direitos fundamentais em toda a sua amplitude. Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, não se dispensaria a forma da lei, aqui ainda entendida como elemento de segurança jurídica, mas se passaria a entender que ela não era um fim em si ou a única fonte do Direito, nem tampouco significava a correção do sistema ou a justiça do povo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. Traduzido para o espanhol por Pilar Allegue. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p.18-19.

¹⁰⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. rev. e ampl. Madrid: Tecnos, 2005, p.235.

¹⁰⁶ COMANDUCCI, Paolo. *Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico*. Traduzido para o espanhol por Miguel Carbonell. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2009, p.82-87.

¹⁰⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.72-73.

Se a lei não era a única, mas a fonte principal do Direito, o denominado princípio da legalidade absorveu a inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado, se conduzindo ao princípio da juridicidade. O Estado ficava submetido não apenas à lei, mas ao Direito como um todo. A vinculação à juridicidade se estendia a todas as funções desempenhadas e não apenas à atividade administrativa, se expressando como um verdadeiro princípio-garantia do cidadão pautado diretamente pela norma constitucional. Nas palavras da autora, “a juridicidade é, no Estado Democrático de Direito, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social”¹⁰⁸.

Estes embates da realidade vieram igualmente a demonstrar que não era possível conferir igualdade formal de tratamento àqueles em situação desigual em termos concretos. Dessa forma, a lei geral e abstrata, produzida por e para a classe burguesa, já não interessava essencialmente ao conjunto da sociedade. A concretização do valor da segurança jurídica passou por importantes transformações.

Acentuam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que, como a nova concepção ainda exigia o recurso à legalidade, necessário se tornava lhe conferir também nova configuração. Se antes era vista em uma dimensão formal, agora deveria apresentar um conteúdo material ou substancial: a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais. Não bastaria apenas ao juiz, como antigamente, revelar as palavras da lei, mas sim projetar uma imagem, corrigida e adequada aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais¹⁰⁹.

O valor da segurança jurídica foi redimensionado, cedendo espaço e caminhando ao lado do imperativo de correção na aplicação do Direito, o que justificou a necessidade de se realçar o papel dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico. Nesta concepção, de acordo com Antonio Enrique Pérez Luño, o princípio da segurança jurídica, para além de uma função indispensável ao ordenamento jurídico para garantia das liberdades, representa também pressuposto do Direito. Não de qualquer forma de legalidade positiva e sim daquela concernente aos direitos fundamentais, como pilar essencial da própria ordem e dos valores constitucionais¹¹⁰.

Esta nova percepção da segurança jurídica sobreleva e redimensiona a atuação do Poder Judiciário em sua concretização pelo preenchimento do conteúdo da norma jurídica,

¹⁰⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.79-80.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil: teoria geral do processo*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.57-58.

¹¹⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. 2.ed. rev. e atual. Barcelona: Ariel Derecho, 1994, p.23-28.

parametrizado diretamente pela Constituição. Conforme José Roberto Freire Pimenta e Lorena Vasconcelos Porto, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve interpretar as necessidades do caso concreto, bem assim aplicar a técnica processual conforme o direito substancial e os valores constitucionais, sobretudo o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Não se exige mais, portanto, a neutralidade, mas sim a imparcialidade do juiz¹¹¹. A interpretação do Direito pelo juiz passa a levar em conta assim as circunstâncias concretas do fato inseridas em um contexto valorativo diante da norma aplicável.

Segundo Chaïm Perelman, dentro deste novo padrão de interpretação, o sistema jurídico deixa de ser considerado como um sistema fechado, isolado do ambiente sociocultural em que se insere, sofrendo pelo contrário seus influxos. Cabe ao juiz encontrar as soluções convincentes e satisfatórias no Direito, dotadas de motivação juridicamente consistente. Em tal busca pelo convencimento e conseqüentemente pela paz social, o Poder Judiciário passa a se situar em uma nova relação perante o Poder Legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto, impõe-se aos juízes a tarefa jurídica e política de harmonizar o ordenamento jurídico com as ideias dominantes sobre o justo e equitativo. Logo, a passagem da regra abstrata para o caso concreto deixou de reclamar um simples processo dedutivo, mas sim agora uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito¹¹².

Estas transformações sustentaram, conforme disserta Gustavo Binbenbojm, a força vinculante dos princípios constitucionais, que, em razão do seu alto grau de abstração, se tornaram instrumentos a conferir necessária maleabilidade ao ordenamento jurídico, de modo a acomodar as novas demandas da sociedade. Ao incorporarem importantes valores humanitários, reaproximaram o Direito da moral, proporcionando um conteúdo ético ao ordenamento. Trata-se da supremacia não mais meramente formal, mas principalmente material da Constituição¹¹³.

A vinculação do Estado ao Direito não necessitaria obedecer a um esquema único ou se restringir apenas à lei formal, mas deveria ocorrer em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade, manifestando-se em graus e tipos de normas distintos. Dito em outros termos, encontrava-se superada a imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre o

¹¹¹ PIMENTA, José Roberto Freire; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n.73. Belo Horizonte, jan./jun. 2006, p.96.

¹¹² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Traduzido por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.115-116.

¹¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.63-64

Estado e a Constituição ou os princípios constitucionais como núcleos de condensação de valores¹¹⁴.

Tornava-se então necessário, para tanto, reconhecer força normativa aos princípios¹¹⁵, construindo uma hermenêutica constitucional baseada em uma teoria dos direitos fundamentais. Tratando da inserção de uma nova concepção principiológica, Luís Roberto Barroso anota que “os princípios constitucionais, [...], passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins”. Ao tempo em que unificam e harmonizam o sistema, integrando suas partes e atenuando tensões, pautam o intérprete em direção ao princípio maior que rege o tema apreciado, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie¹¹⁶.

Ao abrigo deste novo modelo em construção, é encontrada a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma distinta hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o alicerce do princípio da dignidade humana¹¹⁷. Pode ser aqui reconhecido o núcleo fundamental da própria noção de juridicidade. Como afirma Gustavo Binbenbojm, a dignidade humana se elevou à condição de princípio jurídico, como origem e fundamento de todos os direitos fundamentais, de modo que a centralidade jurídica destes últimos no sistema normativo passou a corresponder à centralidade moral daquela primeira no plano dos valores. Entre direitos fundamentais e democracia, por seu turno, havia uma relação de interdependência, sendo que, quando conjugados, dariam origem ao Estado Democrático de Direito, um conjunto de instituições jurídico-políticas voltadas à proteção e à promoção da dignidade humana¹¹⁸.

É, portanto, uma nova postura de aplicação e interpretação do Direito, a qual requer o pronto redimensionamento da função jurisdicional, distante da mera subsunção do fato individual e concreto à norma jurídica geral e abstrata, com mira em atender esses novos desafios. Pela providência de uma justiça material, destinada especialmente à concretização de direitos fundamentais, os princípios constitucionais passam a representar a harmonia

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.140-141.

¹¹⁵ De acordo com Paulo Bonavides, o caráter normativo dos princípios pode ser observado de forma categórica e precursora em Crisafulli, ainda em 1952, quando os conceitua como “toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém”. *Conferere* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.282.

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fòrum, 2014, p.122.

¹¹⁷ *Ibidem*, p.193.

¹¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Opus citatum*, p.50-51.

desejada e possível entre a segurança jurídica e a correção no Direito.

A interpretação é conduzida, como afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha, pelos fins da norma, levando em conta as consequências na realidade social, diante do ideal de justiça material, a que o sistema jurídico se propõe a produzir. A atividade do intérprete do Direito, portanto, passa a se encontrar vinculada a realizar ou permitir a realização da finalidade posta no sistema que possa ser considerada correta, rejeitando as que desvirtuem os fins do Estado. Enquanto o Direito pode ser apreciado em termos abstratos, a justiça apenas é realizada na aplicação do conteúdo juridicamente normatizado. Logo, é necessário que a interpretação principiológica considere o resultado social justo. “Não há outra razão para a existência necessária e eficiente do Direito, senão produzir o justo social”¹¹⁹.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, a influência do constitucionalismo sobre a tradição jurídica romano-germânica, especialmente pelo reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais, conferiu ao juiz poderes similares de controle da lei apoiados na Constituição, aproximando-o assim da *common law*. O juiz então deixa naturalmente de ser um repetidor da lei, para controlar a validade desta em face de sua conformidade com a Constituição¹²⁰.

É possível, portanto, concluir que o Estado Democrático de Direito, na medida em que mitiga a supremacia da vinculação estrita à lei e afasta o seu monopólio no campo das fontes do Direito, aproxima do mesmo modo, neste particular, o juiz da tradição romano-germânica daquele atuante na tradição da *common law*, ao engrandecer o papel das decisões judiciais como elementos garantidores da segurança jurídica. Este fenômeno demanda o advento de um novo paradigma para a teoria geral do Direito, que reflita os reclames da força vinculante das Constituições sobre o ordenamento jurídico e sobre a própria atividade do Poder Judiciário.

2.2.2 Pós-positivismo jurídico, normas de conteúdo aberto e a necessidade de estabilização do Direito

Na tradição romano-germânica, os atos emanados do Poder Judiciário, embora formalmente legitimados, passaram a apresentar um crescente déficit de legitimidade substancial, na medida em que a aplicação do Direito se afastou dos valores vigentes na

¹¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.50-51.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.35-36.

sociedade em transformação. Passou a ser necessária uma nova moldura teórica para o Direito, em substituição ao positivismo jurídico então verificado no continente europeu.

Para Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo jurídico pode ser reconhecido como este marco filosófico correspondente ao novo direito constitucional, ambiente em que se promove uma reaproximação entre o Direito e a moral¹²¹. Para ele, a quase total identificação entre Direito e a norma – entendida aqui como a regra editada pelo Poder Legislativo –, além da rígida separação daquele em relação à ética, não mais correspondiam ao estágio do processo civilizatório, nem tampouco aos anseios de quem defendia a causa da humanidade. Se os operadores do Direito também não desejavam o simples retorno aos fundamentos abstratos e metafísicos do jusnaturalismo, surge espaço então para o pós-positivismo jurídico, não como desconstrução, mas autêntica superação do conhecimento convencional, reintroduzindo a justiça e a legitimidade¹²².

A crise do positivismo jurídico, de acordo com Carla Faralli, conduziu a sobrepujar uma diferenciação inflexível entre Direito e moral, com a decorrente inserção dos valores éticos e políticos na discussão jurídico-filosófica. A nota distintiva principal residiu na complexidade crescente dos sistemas constitucionais contemporâneos diante da ascensão do papel dos princípios no ordenamento jurídico.

Esta circunstância foi verificada com base: na centralidade da dimensão da correção moral do Direito, preenchido por intermédio dos princípios e dos direitos invioláveis do indivíduo; na importância da aplicação do Direito, pelo desenvolvimento de novas técnicas de decisão judicial no sentido de correção oriunda das novas espécies normativas; e na vinculação, tanto do Poder Legislativo aos princípios jurídicos e aos direitos de ordem constitucional, quanto do Poder Judiciário, na execução do Direito, ainda mesmo que em confronto com a lei¹²³.

Destaque-se que, segundo Karl Larenz, a necessidade de se recorrer a um pensamento orientado a valores “surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica”¹²⁴. Os veículos de reinserção destes valores de justiça corresponderam aos princípios jurídicos, aos direitos fundamentais e às regras de conteúdo

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fòrum, 2014, p.192-193.

¹²² *Ibidem*, p.120-121.

¹²³ FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Traduzido por Candice Premaor Gullo; revisão de tradução por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.11-12.

¹²⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.310.

aberto. O pós-positivismo, dessa maneira, se situou convenientemente em uma linha intermediária de equilíbrio entre a segurança e a correção: nem o recuo ao jusnaturalismo, trabalhando diretamente com as fontes presentes no próprio sistema jurídico; tampouco a coincidência do Direito apenas com a regra formalmente assentada no ordenamento jurídico. Foi reconhecido assim autêntico e efetivo valor normativo a outras fontes.

Foi assim que no pós-positivismo ganhou especial relevo o papel dos princípios diante da insuficiência do figurino positivista em apresentar respostas satisfatórias pelo método dedutivo tradicional da subsunção. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, se as constituições contemporâneas estão repletas de princípios com conteúdo moral e elevado teor axiológico, mesmo o operador positivista que recusar a ligação entre Direito e moral poderá reconhecer a penetração desta última no processo de interpretação e de aplicação da norma constitucional. Ao invés de uma teoria das fontes focada na codificação, o intérprete passou a dispor doravante da centralidade da Constituição, sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência, em sentido da concretização dos ideais emancipatórios e da solução justa¹²⁵.

No pós-positivismo, para Thomas da Rosa de Bustamante, o Direito não revela mais apenas um aspecto real de uma teoria objetiva e neutra que responda às necessidades intelectuais e cognitivas dos juristas, mas sim um aspecto ideal e moral, representativo da busca por alcançar o maior grau de correção possível em todo ato de criação, interpretação e aplicação do Direito¹²⁶. Para ele, “o centro das atenções desloca-se dos casos fáceis do passado para os casos difíceis que ainda não estão resolvidos. Mais importantes são as decisões dos casos futuros e a busca de instrumentos adequados para resolver esses problemas”¹²⁷.

Por outro lado e conseqüentemente, também é sentida uma maior preponderância da técnica legislativa de adoção de normas de caráter aberto na tradição romano-germânica no panorama do pós-positivismo jurídico. Como leciona Ricardo Maurício Freire Soares, ao contrário de um sistema outrora hermético, o ordenamento jurídico passou a se mostrar permeável a fatos e valores da realidade cambiante. Fenômeno dinâmico, ele passou a ser reconhecido na própria historicidade da vida humana, exigindo diplomas legais de textura aberta, em sintonia com a necessária flexibilidade aos modelos normativos, promovendo o seu

¹²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.202-205.

¹²⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.166.

¹²⁷ *Ibidem*, p.171.

ajuste aos novos tempos. Trata-se então de uma nova técnica de interpretação e aplicação do Direito segundo instâncias intersubjetivas de valoração. O raciocínio jurídico congregava valores, ainda que fluidos e mutáveis, em torno do Direito enquanto objeto cultural, com sentido socialmente compartilhado¹²⁸.

Para Gustavo Binjenbojm, cinco razões poderiam ser apontadas para o desprestígio da lei formal nesta conjuntura: o excesso de produção legislativa, esvaziando em igual medida sua respeitabilidade; a constatação de que a lei poderia legitimar a barbárie, como aconteceu no caso de regimes totalitários como o nazista; a referida constitucionalização do Direito, com o grande desenvolvimento de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis; a criação de uma série de atos normativos aptos, por si mesmos, a disciplinar suficientemente a atuação do Estado; por fim, a vontade política do Poder Executivo, na medida em que controla o processo legislativo pela coalizão de forças, dando iniciativa ao processo de produção das leis que vincularão a própria Administração Pública¹²⁹.

No que diz respeito propriamente à Administração Pública, é possível ainda acrescentar, na lição de Gustavo Zagrebelsky, que a crise da vinculação à lei é também uma consequência da superação pelo Estado de sua função meramente garantidora e da paralela assunção de tarefas de gestão de grandes interesses públicos, o que requer organização pautada segundo lógica empresarial de eficiência, exigências de funcionamento e interesses sindicais, circunstâncias refratárias a uma normatividade externa¹³⁰.

O atual panorama de perda de legitimidade da produção legislativa aponta em direção do enfraquecimento do papel da lei enquanto clássica limitadora do Estado e garantidora das liberdades individuais. Esvazia-se, por consequência, a argumentação em torno de uma pretensa identificação entre legalidade e segurança jurídica na tradição jurídica romano-germânica, sendo urgente a identificação de um novo instrumental que possa servir a garantir este valor essencial do Estado Democrático de Direito.

A lei, enquanto uma das principais fontes do Direito, deixou de ser entendida meramente como produto de vontade homogênea do Poder Legislativo e a vinculação à legalidade adquiriu novo delineamento, mais abrangente, mais difuso, envolvendo agora, pelo contrário, uma relação de necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico. A supremacia das constituições e o pós-positivismo jurídico

¹²⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.192-195.

¹²⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.127-136.

¹³⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.34.

conduziram a uma adequação do Direito, introduzindo no campo jurídico mudanças radicais e profundas de perspectiva que conferiram maior poder e relevante autonomia aos diversos órgãos do Poder Judiciário.

Aos princípios foi conferida dignidade normativa, situando-os em patamar igual ou superior àquele outrora reservado exclusivamente às regras de Direito. Aqui ocorre o resgate dos valores para dentro do Direito, equilibrando a relação entre segurança e correção jurídicas. No entanto, exatamente em razão da percepção do descolamento da ideia de garantia necessária do valor segurança jurídica em relação ao referencial estrito da lei, torna-se necessária uma nova percepção do manejo dos princípios. Dentre as mais relevantes contribuições da atualidade sobre o tema, são destacadas as concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A teoria de Ronald Dworkin reabilita a racionalidade moral-prática no campo da metodologia jurídica. O trabalho deste jurista da *common law* é considerado como o ponto de partida do pós-positivismo jurídico, no qual os princípios ganham papel de maior destaque, funcionando como interseções necessárias entre Direito e moral, dentro de uma concepção jurídica notadamente liberal e individualista. Ele inicia na distinção entre princípios e regras jurídicas, que estaria situada no plano da estrutura lógica. Apesar de ambas as espécies de normas jurídicas apontarem decisões particulares em torno da obrigação jurídica conforme as circunstâncias do caso concreto, se distinguem quanto à natureza da orientação que oferecem.

Para Ronald Dworkin, uma vez apresentada a situação fática, enquanto as regras são aplicáveis ou não, os princípios diversamente apenas enunciam uma razão a direcionar a argumentação do juiz. Ao contrário das regras, eles possuem a dimensão do peso ou da importância, o que implica na valoração da força relativa de cada um para solucionar o conflito no caso concreto¹³¹.

Uma regra pode até ser, em verdade, mais importante do que outra, na medida em que desempenhe um papel mais relevante na regulação de um determinado comportamento, mas ela jamais pode ser mais importante enquanto concebida como parte do sistema de regras. Logo, se duas regras entram em conflito, é porque uma delas não pode ser reconhecida válida e o próprio sistema regula, por intermédio de outras regras, as relações de precedência conforme a circunstância, por exemplo, de uma ter sido promulgada por autoridade de grau

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.42.

superior, ser mais antiga ou mais específica¹³².

Os princípios, ao contrário das regras, não ditam resultados sempre que puderem ser aplicados e tampouco são considerados alterados ou revogados quando há um resultado decisório em sentido contrário. Em verdade, eles apenas “inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem”¹³³.

Enquanto elemento de justificação da decisão hábil a amparar a segurança jurídica, o papel do princípio encaminha a vinculação do juiz à tese de uma única solução para cada conflito, razão pela qual deve levar em consideração a mais ampla análise de todas as normas envolvidas. Para tanto, Ronald Dworkin propõe um modelo teórico de juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, ao qual chamou de “Hércules”, que aceita as principais regras não controversas a constituir e reger o Direito em sua jurisdição, bem assim que tem o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores, cujo fundamento racional se aplica ao caso concreto.

Em sua complexa análise, este juiz deve construir um esquema de princípios que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas¹³⁴.

Os denominados “casos difíceis” (*hard cases*) seriam os conflitos para os quais não há normas expressas disciplinando a matéria, requerendo então uma solução a levar em consideração regras mais flexíveis, conceitos vagos e princípios ou elementos distintos do sistema jurídico. Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, “é justamente à luz de um mosaico, formado necessariamente por vários dos elementos integrantes do sistema, que o juiz tem que procurar/criar a solução normativa aplicável aos casos concretos, quando de um *hard case* se tratar”¹³⁵. Para que não se comprometa a previsibilidade e possa se inviabilizar a forma sistemática do Direito, o único modo de uniformizar a jurisprudência é adotar métodos mais refinados de interpretação das decisões, de modo a delas extrair o *core*¹³⁶.

Em busca de critérios de uma racionalidade para as decisões judiciais, Ronald Dworkin reconhece a virtude da integridade como fundamental à concepção do Direito. Supera assim as teorias convencionalista e pragmática: a primeira, porque ao restringir o

¹³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.43.

¹³³ *Ibidem*, p.57.

¹³⁴ *Ibidem*, p.165-182

¹³⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.27.

¹³⁶ *Ibidem*, p.58.

Direito exclusivamente ao quanto já estatuído ou decidido no passado, ignora a perspectiva da coerência de princípio como fonte para resolução dos casos difíceis¹³⁷; a segunda, porque adota uma atitude cética ao negar a importância das decisões do passado e ao afirmar que o juiz deverá seguir qualquer método que acredite produzir o melhor para a sociedade, o que lhe retira qualquer previsibilidade¹³⁸.

Pela integridade, caberia ao juiz interpretar o Direito segundo uma noção de coerência moral e política do sistema de princípios. Esta integridade na deliberação judicial exige, até onde possível, que os juízes tratem o sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios. Os litigantes tem o direito de ver seu conflito decidido pelo Estado com base na “melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz”¹³⁹.

O autor apresenta então a comparação do processo decisório a uma espécie de exercício literário, como se o desenvolvimento da jurisprudência fosse um “romance em cadeia” no qual cada juiz fosse o responsável por escrever o seu capítulo ao avançar a partir do anterior. Os juízes aqui seriam autores e críticos deste romance em cadeia, na medida em que, ao decidirem um caso, estariam introduzindo acréscimos na tradição que interpreta, ao passo que os futuros juízes destrincariam as várias dimensões de valor desta tradição acrescida. Para ele, “cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”¹⁴⁰.

Ao lado de Ronald Dworkin, assume relevo também a contribuição teórica de Robert Alexy, jurista oriundo da tradição romano-germânica, para quem regras e princípios são normas porque formulados por intermédio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ambos funcionando como razões para juízos concretos de dever ser. Embora reconheça que o critério da generalidade é o mais utilizado para distinguir princípios de regras, assinala que, entre as duas espécies normativas, diferença de grau não existe, mas tão somente qualitativa¹⁴¹.

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *O império da lei*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.159-165.

¹³⁸ *Ibidem*, p.186-197.

¹³⁹ *Ibidem*, p.261-263.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p.275-276.

¹⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.87-90.

Enquanto as regras são sempre satisfeitas ou não, conforme exatamente o que elas exigem, os princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”¹⁴².

Em razão da diferenciação entre as duas espécies normativas, enquanto o conflito de regras se resolve pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou pela declaração da validade de uma em detrimento da invalidade da outra (cronologia, hierarquia ou especialidade), a colisão de princípios significa apenas que um deles tem precedência sobre o outro de acordo com a aplicação de uma regra de ponderação. Trata-se de uma relação de precedência condicionada, na qual o conflito é resolvido pelo sopesamento dos interesses em choque, para definir qual deles, embora com valores abstratos em mesmo nível, apresenta um peso maior nas circunstâncias do caso concreto¹⁴³.

Para Luis Prieto Sanchís, a virtude da ponderação corresponde principalmente a estimular uma interpretação pela qual a relação entre as normas constitucionais não seja de independência ou de hierarquia, mas de continuidade e efeitos recíprocos, demandando uma análise concreta à luz da necessidade e da justificação da tutela de outros direitos ou princípios¹⁴⁴.

Robert Alexy entende que o modelo de regras e princípios ainda não permite vislumbrar uma imagem completa do sistema jurídico, pois corresponde apenas ao seu lado passivo. Mais que isso, um modelo abrangente leva em conta o lado ativo, relacionado ao procedimento para a aplicação das duas espécies de normas jurídicas. Dentro de um sistema orientado pela razão prática, o procedimento lhe será assegurado de racionalidade do ponto de vista da aplicação do Direito, o que é objeto da teoria da argumentação jurídica.

Essa racionalidade prática procedimental, entretanto, tem um caráter ideal. Diante de condições reais deve ser realizada de forma aproximada e tendente à ideal, não havendo falar assim em certeza absoluta. A razão prática não afiança a correção definitiva do Direito, mas certamente relativa, propiciando numa apreciação total, em conjunto com o plano estático da estruturação normativa em regras e princípios, a contribuição necessária a uma racionalidade do sistema jurídico¹⁴⁵.

¹⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91.

¹⁴³ *Ibidem*, p.92-96.

¹⁴⁴ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.143.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.172-173.

De acordo com Thomas da Rosa de Bustamante, o rejuvenescimento de uma razão prática, pautada pela racionalização para juízos normativos, é importante para o Direito na medida em que se volta aos casos difíceis, já que não suscetíveis de resolução unicamente por via do silogismo de uma regra geral definida no ordenamento jurídico. É fornecido assim o instrumental metodológico necessário à justificação das decisões judiciais, tanto em prol dos juízes para cumprimento da obrigação da motivar, quanto em favor da sociedade como meio de controle¹⁴⁶.

Consoante Carlos Bernal Pulido, embora a ponderação tenha um caráter formal e que, portanto, não garanta uma objetividade perfeita e tampouco acarrete a total exclusão da apreciação subjetiva do juiz, isso não significa que esteja baseada apenas em tal subjetivismo. O nível ideal de objetividade perfeita não existe em nenhum âmbito normativo, uma vez que tal pressuporia um sistema jurídico ideal que prescrevesse com exatidão tudo que está permitido, proibido e ordenado, o que não é nem possível, nem conveniente¹⁴⁷.

É impossível porque as disposições dos princípios são sempre indeterminadas, não sendo naturalmente cabível prever e regular todos os conflitos de modo hipotético. Por outro lado, não é conveniente, porque reduz drasticamente as possibilidades de deliberação política, o que transformaria o Legislador, por hipótese, em mero executor das regulações predeterminadas pela Constituição, se esvaindo conseqüentemente a sua importância como foro de deliberação democrática. A vinculação se estenderia também ao Executivo e ao Judiciário, de modo que o Direito se aprisionaria no passado, perdendo sua capacidade de adaptação às novas demandas da sociedade¹⁴⁸.

Enquanto a racionalidade teórica exige uma estrutura precisa das teorias e conceitos, que devem ser claros e livres de contradição, a racionalidade prática, por seu turno, expressa as condições necessárias a que o ato humano seja qualificado como racional. No campo jurídico, será racional a decisão cuja fundamentação possa ser enunciada em limites conceitualmente claros e consistentes, conformada por premissas completas e saturadas, com observância das regras da lógica e da argumentação, bem assim as exigências da consistência e da coerência¹⁴⁹.

A possibilidade de eventuais resultados *práticos* diferenciados na ponderação de

¹⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.177.

¹⁴⁷ PULIDO, Carlos Bernal. La Racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos, 2008, p.44.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p.44-45.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p.45-46.

princípios não conspurca contra o mecanismo. Ao contrário, a fluidez conceitual é característica essencial desta espécie normativa, o que, no pós-positivismo jurídico, torna viável a necessária e constante atualização valorativa. Não existem soluções prontas e acabadas, na medida em que toda relação de precedência entre princípios é condicionada justamente pelas circunstâncias do caso concreto, as quais, em si mesmas, já acarretam a diversidade.

Os princípios, da mesma forma que as regras de textura aberta, traduziram-se em mecanismo pelo qual o intérprete ajusta o conteúdo normativo à dinamicidade da realidade em constante evolução. Trata-se verdadeiramente de um novo enfoque de atuação do Direito que rompe a antiga lógica do Direito fechado ao quanto especificamente determinado pelo Poder Legislativo, abertura esta que aproxima a tradição jurídica romano-germânica da *common law* quanto ao método de interpretação e aplicação do Direito. Impõe-se agora ao intérprete o dever de preencher adequadamente o conteúdo da norma jurídica diante das circunstâncias do caso concreto, de modo a harmonizar a sua aplicação da maneira mais idônea possível aos valores e aos fatos de cada momento histórico em cada Estado.

Por seu turno, a lei deixou de ser entendida como produto de vontade homogênea do Poder Legislativo e a legalidade adquiriu novo delineamento e *status* no ordenamento jurídico. Na atualidade, o juiz se encontra vinculado ao princípio da juridicidade, de forma que, ao mesmo tempo em que deve preservar o valor da segurança jurídica, igualmente deve resguardar a correção na aplicação do Direito e fomentar a justiça em termos materiais.

No novo paradigma constitucional dentro da moldura pós-positivista, se o Direito reconhece força normativa aos princípios e recorre cada vez mais a regras de conteúdo aberto, o mesmo que a argumentação jurídica assume de complexidade em garantia ao princípio da segurança jurídica, a entrega da prestação jurisdicional também ganha em correção e legitimidade no sentido do primado da justiça. Busca-se uma tarefa constantemente depurativa das regras de argumentação, para conferir a racionalidade da fundamentação das decisões. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, as cláusulas gerais, as normas constitucionais e os direitos fundamentais conferem unidade e harmonia ao sistema, vinculando na interpretação das leis. A legitimidade das decisões judiciais encontra-se vinculada, portanto, à sua justificação com base no discurso prático ou moral, que pode redundar, deste modo, numa diversidade de decisões¹⁵⁰¹⁵¹.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.120-122.

Observe-se que, ao analisar as distintas tradições jurídicas ocidentais, Hans Kelsen já verificava ali, em verdade, “diferentes graus de centralização ou descentralização da função produtora do Direito, e, portanto, diferentes graus de realização do princípio da flexibilidade do Direito, que está na razão inversa do princípio da segurança jurídica”¹⁵². Desta maneira, na medida em que se passa a reconhecer força normativa aos princípios e cada vez mais a se editar regras com conteúdo a ser densificado pelo intérprete no processo argumentativo, esta descentralização da produção do Direito traz a necessidade de repensar mecanismos que confirmam a segurança jurídica outrora representada pela vinculação aos termos literais da lei.

Neste particular, o que a concretização da segurança jurídica nos moldes pós-positivistas da tradição romano-germânica reclama é um instrumental no campo das fontes do Direito que estabilize a interpretação especialmente quanto a estas normas jurídicas de conteúdo aberto no horizonte das decisões judiciais, projetando efeitos em favor de toda sociedade. Este propósito pode ser alcançado pela uniformidade da jurisprudência com alicerce na força vinculante dos precedentes judiciais como verificado na *common law*, numa concepção do Direito preenchido pela virtude da integridade¹⁵³.

Uma mitigação das distinções entre as tradições romano-germânica e da *common law* tem sido observada em ambos sentidos. Para Lorena Miranda Santos Barreiros, enquanto a primeira, tradicionalmente racionalista, vem se aproximando da realidade histórica e do empirismo com a decodificação, o papel central da Constituição e as técnicas legislativas por cláusulas gerais; a última tem passado pela influência crescente do direito legislado¹⁵⁴.

Neste novo cenário, Nicola Picardi reconhece uma crise do entendimento tradicional e consolidado na tradição jurídica da Europa continental, pelo qual não se reconheceria a jurisprudência como fonte do Direito, sob o fundamento de tutela do princípio

¹⁵¹ No discurso prático, consoante Thomas da Rosa de Bustamante, não são tematizadas pretensões de veracidade como no discurso teórico, mas pretensões de correção, como demonstração da validade da norma. A correção de juízos morais se estabelece pela argumentação, que pode tratar de um conceito puramente discursivo, em que todas as pessoas envolvidas chegam à conclusão de que certa matéria precisa ser regulamentada. *Conferere* BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.198-199.

¹⁵² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.282.

¹⁵³ Para construir e manter um sistema de precedentes, o Código de Processo Civil brasileiro fixa ainda como obrigações do Poder Judiciário uniformizar e manter estável a sua jurisprudência, conferindo publicidade adequada e garantindo integridade e coerência. *Conferere* BRASIL. *Código de Processo Civil*, art. 926. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁵⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multilateral. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.186-187.

da separação de poderes e também dos juízes quanto às repercussões de suas decisões para o futuro¹⁵⁵. Esta percepção é também a de Neil MacCormick e Robert S. Summers, que, embora não deixem de reconhecer diferenças relevantes entre as duas tradições ocidentais, esclarecem que modernamente o contraste entre o modo pelo qual os precedentes são vistos e utilizados mostra-se exagerado. Mesmo nos sistemas continentais, os precedentes cresceram em importância, apontando um sentido de convergência entre as tradições, especialmente a partir da experiência daqueles produzidos pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia¹⁵⁶.

A referência ao precedente como fonte do Direito deixa então de ser característica exclusiva da tradição da *common law*. Michele Taruffo identifica este fenômeno também na tradição romano-germânica, em duas dimensões: teórica e prática. No plano teórico, o uso do precedente passa a condicionar a estrutura da argumentação jurídica: deixa de ser silogístico-dedutiva, para assumir uma feição tópica; ao tempo em que, envolvendo uma decisão sempre relativa a um caso particular, o significado da norma passa a ser conectado diretamente com a *fattispecie* concreta. No plano prático, passa a se configurar como um instrumento profissional e cotidiano do jurista, facilitado pelo recurso contemporâneo à tecnologia e à informática; enquanto representa o conteúdo do direito vivo, pela interpretação judicial que colmata lacunas e preenche cláusulas gerais¹⁵⁷.

Segundo adverte Aleksander Peczenik, nos países da Europa continental os precedentes não são formalmente vinculantes, ainda que regularmente seguidos pelas cortes na prática, razão pela qual alguns juristas tratam este fenômeno como uma espécie de vinculação de fato (*binding de facto*). Apenas tipos especiais de precedentes e em poucos sistemas continentais são vinculantes de direito (*binding de jure*), como se observa na Alemanha em relação aos precedentes da Corte Federal de Justiça que, apesar de não formalmente vinculantes, devem ser seguidos exceto quando presentes razões especiais em contrário¹⁵⁸.

Na tradição da *common law*, a segurança jurídica é proporcionada pela vinculação aos precedentes judiciais, que se configura como decorrência, no entanto, de um processo cultural com substrato em circunstâncias históricas específicas e distintas da tradição romano-germânica. Este aspecto torna inviável uma transformação radical por mera mudança

¹⁵⁵ PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.1, ano XXXIX, Milão: Giuffrè, mar.1985, p.201.

¹⁵⁶ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____; _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p.12.

¹⁵⁷ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 36, v.199, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2011, p. 140-141.

¹⁵⁸ PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p.461.

legislativa, tal como almejada no Brasil em face do Código de Processo Civil de 2015. É importante pontuar a ponderação de Lorena Miranda Santos Barreiros, para quem “a carga racionalista e lógico-dedutiva que acompanha as origens romano-germânicas do direito brasileiro e as suas peculiaridades culturais têm, não raro, desvirtuado os institutos transplantados, favorecendo antes o arbítrio judiciário do que a utilização, consciente e estruturada, de um sistema de precedentes”¹⁵⁹. Trata-se aqui do risco de não observar as condições de compatibilidade cultural entre os institutos e conceitos jurídicos de distintas tradições jurídicas.

Na tradição romano-germânica, um dos principais obstáculos ao reconhecimento do caráter vinculante dos precedentes judiciais está diretamente ligado a uma interpretação do princípio constitucional da separação de poderes, do qual se extrai o princípio da independência da magistratura, com foro expresso na Constituição Federal brasileira, por exemplo, como decorrência do conjunto das prerrogativas funcionais nela previsto.

Se o equilíbrio entre racionalidade e correção na perspectiva de estabilidade da ordem jurídica e integridade do Direito demanda a uniformização nas decisões judiciais, faz-se necessário identificar uma base constitucional teórica da qual se extraia o caráter vinculante do precedente judicial nesta tradição jurídica. Em outras palavras, para que os precedentes judiciais adquiram caráter vinculante na tradição romano-germânica, além da alteração legislativa, é necessário que se encontre um fundamento constitucional processual no Estado Democrático de Direito que funcione como vetor da norma neste sentido, independentemente da tradição em que esteja inserto o sistema jurídico em questão.

¹⁵⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multilateral. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.194.

3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E SEGURANÇA JURÍDICA NA GESTÃO DE RESULTADOS DO ESTADO DIANTE DA CRISE DA VINCULAÇÃO À LEGALIDADE

No pós-positivismo jurídico ambientado no Estado Democrático de Direito, dentro da tradição romano-germânica, foi constatado um novo papel do juiz que se descortina, não mais vinculado estritamente aos termos da legalidade em sentido estrito. Ao invés, rende respeito à noção mais abrangente de juridicidade, entendida aqui como a necessária conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico e em especial dos princípios constitucionais. É imperioso encontrar, portanto, um parâmetro constitucional que sustente nesta quadra a necessidade de segurança jurídica no Direito pela atuação do Estado-juiz.

Na atualidade, nos países da tradição romano-germânica, vem sendo observada uma mitigação na separação entre direito público e direito privado, o que se caracteriza por uma interpenetração recíproca, influenciando todos os seus ramos.

Para a concretização dos valores da democracia, a sociedade vem exigindo, cada vez mais, um aparato estatal que, efetivamente, produza resultados no exercício de suas funções. Tornam-se necessários instrumentos normativos que vinculem o Estado a considerar as consequências de seus atos e a utilizar os procedimentos, as medidas e os recursos suficientes e estritamente necessários, com mira em tal desiderato.

3.1 MITIGAÇÃO DA DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS PÚBLICO E PRIVADO E NORMATIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Enquanto ramo autônomo do Direito, o surgimento do direito administrativo pode ser reconhecido na França do Estado liberal, com o advento dos ideais da Revolução de 1789, a partir da produção do Conselho de Estado, órgão principal da jurisdição administrativa francesa¹⁶⁰. Sua origem encontra-se vinculada, portanto, à tradição romano-germânica,

¹⁶⁰ É adotado o posicionamento da doutrina administrativista majoritária. Conferir BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.38-39; BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2008, p.3; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.8, novembro/dezembro, 2006/janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.1; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2.ed. rev. atual. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.14; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2013, p.30-31.

situado como ramo do direito público em contraposição ao direito privado. Tal distinção, todavia, vem sofrendo grandes transformações.

Uma divisão básica entre direito público e direito privado encontra-se presente, conforme explica René David, em todos os países desta referida tradição jurídica. A distinção decorreria originariamente da ideia evidente aos juristas, de que os problemas específicos oriundos das relações entre governantes e governados ensejariam normas igualmente específicas e distintas daquelas aplicáveis às relações entre pessoas privadas. A necessidade de tal distinção firmava-se basicamente em duas premissas: por um lado, interesse geral e interesse particular não poderiam ser sopesados segundo idênticos critérios; por outro, considerando que quem dispunha da força era o Estado, seria bem mais fácil impor o direito às pessoas privadas do que a ele¹⁶¹.

De acordo com Michel Mialle, no entanto, a oposição entre direito público e direito privado não é algo “natural”, vale dizer, não é lógica em si, mas demonstra a racionalidade do Estado burguês, tornado possível o funcionamento da ideologia e das instituições deste Estado como instância autônoma na formação social. É uma classificação que está ligada à história de uma sociedade que conheceu gradualmente a dominação do modo de produção capitalista¹⁶². Para ele, “o homem como indivíduo burguês privado e o homem como cidadão do Estado não é afinal senão outra formulação da distinção entre direito privado e direito público”¹⁶³.

Em todos os países da tradição romano-germânica há nítida semelhança entre os ramos fundamentais do direito público, bem assim suas instituições e conceitos. Tal similaridade, explica René David, decorre da circunstância de que na Europa continental a ciência do Direito foi fundada, ao longo de séculos, sobre os mesmos ensinamentos do direito romano e do direito canônico. Embora com métodos acomodados às necessidades práticas de cada época e localidade, o vocabulário utilizado foi sempre o mesmo, transmitindo as mesmas ideias comuns¹⁶⁴.

Conquanto englobe disciplinas que não eram ensinadas nas universidades e que algumas destas apenas tenham se desenvolvido nos séculos XIX e XX, o raciocínio supra também se aplica especificamente ao direito público. Em primeiro lugar, porque a ciência jurídica apenas executou no Direito as ideias e as tendências originariamente manifestadas no

¹⁶¹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.85.

¹⁶² MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3.ed. Traduzido por Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.159.

¹⁶³ *Ibidem*, p.160.

¹⁶⁴ DAVID, René. *Opus citatum*, p.89-90.

plano filosófico-político, conforme o pensamento de autores como Montesquieu e Rousseau, que influenciaram todo o continente europeu. Além disto, os novos ramos do Direito foram elaborados por juristas formados por um mesmo estudo do direito civil, tomando esta disciplina como ponto de partida¹⁶⁵.

A gênese do direito público, no entanto, não foi contemporânea à da própria tradição romano-germânica. O desenvolvimento do direito público apenas foi possível, leciona René David, com a doutrina que fundamentava o primado da razão, estabelecendo regimes democráticos, em que o Estado deixava de ser governado por monarcas divinos. Havia doravante uma necessidade de organização racional da estrutura do Estado, além de ser imperioso garantir direitos do indivíduo contra os abusos do poder¹⁶⁶.

Em sentido similar, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo destacam que muito do discurso subjacente à diferenciação entre direito público e direito privado no pensamento jurídico moderno europeu tem natureza ideológica, a iniciar das correntes de pensamento econômico, social e político, dominantes nos séculos XVII e XVIII e que encontraram expressão na codificação da França, Áustria, Itália e Alemanha no Século XIX¹⁶⁷. Não havia cogitar em autônomo direito administrativo, tampouco em direito público propriamente dito no Absolutismo, em um panorama de centralização de poderes ilimitados no monarca, cuja vontade pessoal era reconhecida como a própria vontade do Estado (*l'Etat c'est moi*).

Na Idade Moderna, o Estado, como sucessor do monarca – e agora como revelador do bem comum –, manteve ainda um *status* superior em relação ao indivíduo. O direito administrativo veio a regular o funcionamento da Administração Pública e suas relações com os particulares, sob a ótica da supremacia do interesse público sobre o privado. Em razão do excesso de formalismo que veio a caracterizar a Administração Pública, esta terminou por fechar-se em si mesma, restringindo os canais de acesso recíproco em relação à sociedade. Neste sentido, Odete Medauar disserta que “embora todo o ideário axiológico norteador das instituições estatais do século XIX valorizasse o indivíduo e seus direitos, o tipo de Administração decorrente manteve o indivíduo na condição de súdito”¹⁶⁸.

Mais adiante, no Século XX, como identifica Mario Losano, com a assunção de

¹⁶⁵ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.92-93.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p.85-86.

¹⁶⁷ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.133.

¹⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2.ed. rev. atual. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.126.

inúmeras tarefas pelo Estado Social de Direito – numa sociedade cada vez menos religiosa, em que a providência estatal se substituiu à providência divina –, o direito administrativo tendeu a se expandir, enquanto a burocracia assistia à ampliação de seu poder. Para ele, “o Estado voltou a ser empresário em primeira pessoa”¹⁶⁹.

Multiplicaram-se os órgãos da Administração Pública, além da criação de entidades para atuação em alguns setores da economia, em atividades variadas, específicas e complexas que passavam a ser absorvidas pelo Estado. A nova configuração trouxe novos problemas, como, por exemplo, de que forma podiam ser conciliadas estas múltiplas atividades do Estado com os direitos e garantias individuais que as próprias Constituições determinavam o respeito. Na atual quadra da tradição romano-germânica, as mudanças no Estado e nas instituições econômicas e sociais fragilizaram a separação entre direito público e direito privado, que, por seu turno, se encontram em processo de reformulação, em busca de novas definições.

De acordo com Michel Mialle, o direito privado se instala em numerosos setores públicos sob o pretexto da incapacidade do direito público para ser eficaz nos domínios econômicos e sociais, o que demanda a maleabilidade daquele primeiro. A sua rapidez é também qualidade de que o Estado não poderia privar-se no momento em que se torna empresário¹⁷⁰.

Para além e como decorrência da substituição do Estado Liberal de Direito pelo Estado Social de Direito, que acarretou a redução do espaço da autonomia privada além da publicização do direito privado, John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo esquadriham algumas outras das razões deste fenômeno de aproximação entre o público e o privado:

a) O intercâmbio entre as tradições, que permite aos operadores da tradição romano-germânica concluir que sociedades ocidentais, democráticas e capitalistas nas quais vigora a *common law*¹⁷¹ são capazes de um avançado estado de desenvolvimento jurídico sem a necessidade de efetuar nenhuma distinção entre direito público e privado.

¹⁶⁹ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.94.

¹⁷⁰ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3.ed. Traduzido por Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p.155.

¹⁷¹ A existência do direito administrativo tardou a ocorrer no sistema da *common law*, pois eram rejeitadas duas das principais premissas do modelo francês: a subordinação da Administração Pública a um regime próprio e a existência de uma jurisdição administrativa própria. Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.8, novembro/dezembro, 2006/janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.3.

b) As experiências nazista e fascista, além da legalidade soviética e dos governos totalitários na América Latina no Século XX, que afastaram a ideia de que a distinção entre direitos público e privado possa ser uma verdade científica ideologicamente neutra, pois seu significado é preenchido consoante a cultura em cada tempo e lugar.

c) A Intervenção do Estado na economia, que tem conduzido entidades estatais ou empresas controladas por ele a atuarem em negócios comerciais e industriais, utilizando-se de formas legais do direito privado, no movimento de privatização do direito público.

d) O reconhecimento e o crescente envolvimento do terceiro setor nas sociedades democráticas do pós-guerra, constituindo uma espécie de “governo privado” e superando o dualismo até então existente entre Estado e indivíduo.

e) A inserção nos textos constitucionais europeus e latino-americanos de declarações de direitos individuais e fundamentais, tais como o direito de propriedade e de livre iniciativa, esvaziando a função dos códigos civis, no processo de constitucionalização do direito privado.

f) O controle de constitucionalidade realizado, em alguns países, pelo próprio Poder Judiciário ordinário, que tende a confundir a distinção entre público e privado perante quem identifica uma relação íntima entre esta diferenciação e a separação dos poderes.

g) Maiores restrições ao poder do Estado em desconsiderar ou violar as demandas das pessoas privadas, pelo crescimento do direito administrativo e pela tendência da doutrina em aplicar a estrutura da conceitual da ciência jurídica concebida no direito privado, para o campo do direito público.

h) A expansão do campo de interesses da doutrina para além do direito em si mesmo e no seu relacionamento com a cultura, além da mitigação da validade e da utilidade de estruturas conceituais e do pensamento lógico-formal, em direção a uma metodologia “menos técnica”.

i) O crescimento de campos que desafiam a classificação como direito público ou direito privado, tais como o direito do trabalho e o direito agrário, ambos compostos de elementos de cada uma daquelas divisões¹⁷².

Vale ainda destacar que a própria necessidade de separação entre direito público e direito privado é enfraquecida diante da obrigação de cedência recíproca entre interesses individuais e interesses coletivos, como reflexo da centralidade de direitos fundamentais

¹⁷² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009, p.135-139.

instituído na Constituição, em paralelo à estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais. Para Gustavo Binbenojm, a fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade na própria preservação dos direitos fundamentais – ao invés de sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade –, impõe à Administração Pública o dever de ponderar os interesses em jogo, em sua concretização no grau máximo possível de otimização¹⁷³.

De acordo com Mário Aroso de Almeida, apesar de seguirem um modelo garantístico perante a Administração, os textos constitucionais atuais trazem novas exigências de programas legislativos de intervenção em matéria econômica e social, que não se ajustam a definições legais rígidas, obrigando a esta otimização das tarefas administrativas, mediante o reconhecimento de um espaço próprio de autonomia numa relação funcional e não mais estritamente formal com a lei¹⁷⁴.

Por seu turno, Jacques Chevallier enfatiza que, se a distinção entre público e privado permaneceu muito tempo como uma evidência, as certezas parecem comprometidas na atualidade, pela interferência entre as fronteiras e eliminação de sinais distintivos que apontavam a especificidade do público, assim como a constituição simbólica do Estado.

O mito do interesse geral sobre o qual o Estado construiu sua legitimidade perdeu força diante de dois movimentos convergentes: de um lado, a oposição entre interesse geral e interesse particular tende a dar um passo a uma concepção mais flexível, pois na base da formação do primeiro se encontram os interesses dos indivíduos e dos grupos; de outro, a ideia de que a esfera pública é inteiramente dominada pelo culto ao interesse público é questionada diante da percepção da existência de estratégias individuais baseadas na busca por benefícios e interesses personalizados de agentes públicos¹⁷⁵.

Tais circunstâncias, em seu conjunto, apontam para uma reformulação na relação entre direito público e direito privado, marcada pela interpenetração recíproca entre ambos os campos, o que gera reflexos em todos os ramos do Direito. No campo específico do direito administrativo, os novos influxos do setor privado podem influenciar em um direcionamento da atuação estatal para a concretização de direitos fundamentais e a democratização do acesso à Administração Pública, inclusive eventualmente com a absorção de conceitos e institutos próprios de países da tradição da *common law*.

¹⁷³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.31

¹⁷⁴ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012, p.45.

¹⁷⁵ CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traduzido para o espanhol por Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p.122-123.

3.1.1 Elementos para compreensão da positivação do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro

A ascensão do princípio da eficiência no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se contextualizado na crise do Estado Social de Direito e do sistema administrativo burocrático.

Segundo Onofre Alves Batista Júnior, o incremento da atividade estatal no Estado de providência, acompanhado da expansão da base tributária e da máquina burocrática, propiciou uma maior cobrança popular em torno da melhoria da prestação dos serviços públicos. Acarretou, em outra medida, também o retorno aos fundamentos do liberalismo, em um dilema entre o controle da economia pelo governo emanado da representação popular ou pelo poder econômico¹⁷⁶.

O declínio da União Soviética e a crise do socialismo conduziram, todavia, à hegemonia de uma única superpotência, alterando as relações de poder, em prejuízo de Estados do terceiro mundo. Os consequentes fenômenos da globalização e do “neocolonialismo” traduziram-se nos países periféricos em políticas de austeridade para superar o excessivo nível de endividamento e as crises mundiais. Estas circunstâncias ali levaram à crise do Estado Social de Direito, mantendo-se uma estreita margem de manobra aos poderes públicos, entre a necessidade de atendimento do bem-estar econômico, social e cultural e o limite tolerável da carga tributária pelos eleitores¹⁷⁷.

O modelo administrativo burocrático – inicialmente concebido como forma de garantir a impessoalidade e a racionalidade na gestão da coisa pública – terminou acarretando enrijecida procedimentalização e consequentemente uma série de disfunções, tais como o excesso de formalismo, a perda da capacidade de compreensão pelos agentes públicos acerca do significado e da finalidade das regras, a exibição de sinais de autoridade, a dificuldade de atendimento das necessidades coletivas, a despersonalização dos relacionamentos, a ausência de comunicação com o exterior e o deslocamento dos processos decisórios para longe dos verdadeiros destinatários¹⁷⁸.

Foi em paralelo ao cenário destas transformações no mundo da tradição romano-germânica que o princípio da eficiência ganhou expresso foro constitucional no Brasil, por

¹⁷⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 44-45.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 45-47.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 60-62.

intermédio da Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, que o acrescentou ao rol de princípios previstos expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal¹⁷⁹. Ademais, a nova Carta trouxe ainda outros novos dispositivos direta ou indiretamente associados que o evidenciam e reforçam.

Quanto à participação do usuário na Administração Pública, por exemplo, foi previsto que a lei disciplinará as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral – asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna – da qualidade dos serviços, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, e a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública. Foi estabelecido também que a autonomia dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade¹⁸⁰¹⁸¹.

Por outro lado, independentemente da referida Emenda Constitucional, é verificado que a eficiência administrativa já se encontrava obliquamente pontuada no texto constitucional brasileiro, em algumas passagens, desde a sua promulgação em 1988, como princípio implícito¹⁸². Ao tratar, por exemplo, da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e

¹⁷⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁸⁰ *Idem*. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 37, §§3º e 8º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁸¹ Desde 1967, todavia e ainda no plano infraconstitucional, o Decreto-lei 200, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, almejava disciplinar no setor público a eficiência administrativa, ao estabelecer o âmbito de controle de resultado das atividades da Administração (art. 13) e a racionalização do trabalho administrativo mediante a simplificação de processos e a supressão de controles puramente formais ou cujo custo fosse evidentemente superior ao risco (art. 14). O mesmo diploma versou ainda sobre a obrigatoriedade da avaliação da atuação administrativa dos órgãos supervisionados e o dever de diligência quanto à capacitação dos responsáveis (art. 25, V) e o fortalecimento do sistema do mérito (art. 25, VII), além da supervisão ministerial sobre a administração indireta, de forma a assegurar essencialmente a realização dos objetivos fixados em seus atos constitutivos e a própria eficiência administrativa (art. 26, I e III). *Conferere* BRASIL. *Decreto-Lei n. 200*, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁸² Para Eros Roberto Grau, os princípios somente são resgatados ou descobertos dentro de um ordenamento jurídico e sempre são princípios deste ordenamento jurídico. Podem ser divididos em expressos e implícitos. Os primeiros são aqueles que se encontram dispostos explicitamente em texto do ordenamento jurídico, ou seja, no que denomina de “Direito posto”. Os últimos, por outro lado, são aqueles inferidos, tanto a partir deste mesmo Direito posto, quanto ainda, no caso dos princípios gerais de Direito, oriundos do por ele chamado “Direito pressuposto” de uma específica e determinada sociedade. Pressuposto é o Direito já encontrado no interior da estrutura social mesmo antes da produção legislativa estatal. *Conferere* GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p.144-147.

indireta, previa (e ainda prevê) expressamente que os três Poderes deveriam manter, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e *eficiência* da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado¹⁸³¹⁸⁴.

É possível deduzir que, se à Administração Pública desde então competia expressamente demonstrar que havia agido de forma eficiente em sua gestão, o direcionamento de sua conduta já se encontrava ali vetorizado por um mandamento de otimização no sentido da eficiência.

A Emenda não foi recebida, entretanto, sem crítica. Na avaliação de Egon Bockmann Moreira, foi um “despropósito” transpor parâmetro da administração gerencial privada competitiva para o setor público, guindado à condição de princípio constitucional da Administração Pública. Isso porque não se trataria sequer de um princípio, não tendo vínculo direto e imediato com o Direito e nem tampouco fazendo parte da tradição constitucional. Representaria, em outra medida, uma desfragmentação da identidade essencial do texto constitucional. Não geraria nenhum benefício concreto, uma vez que o controle da eficiência não poderia surgir de norma genérica e abstrata de conduta, exigindo, ao revés, configuração precisa e minuciosa, tendo em consideração pautas previamente definidas de comportamento a estabelecer o alcance de resultados e a utilização dos correspondentes recursos.

A Administração Pública não poderia estar exclusivamente focada nos lucros sobre capital, reduzindo como questão secundária as implicações sociais primárias da atividade administrativa, o que implicaria em uma “celebração peremptória, como máxima constitucional, de interesses secundários da Administração”, especialmente em países em via de desenvolvimento, como o Brasil, sem a consolidação real de uma gama de direitos e garantias em prol do cidadão¹⁸⁵.

A verificação da procedência ou não desta crítica pressupõe a investigação em

¹⁸³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 74, II. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁸⁴ Observe-se, inclusive, que, no plano infraconstitucional, o Código de Defesa do Consumidor, posterior à Constituição de 1988 e também anterior à Emenda Constitucional 19, já se encontrava conformado a esse mandamento constitucional. Tal diploma reconhece a Administração Pública como fornecedora, estabelecendo, como princípio da política nacional das relações de consumo, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos (art. 4º, VII) e como direito básico do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (art. 6º, X). Fixa ainda que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, estavam obrigados a fornecer serviços adequados e eficientes (art. 22). *Conferere* BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

¹⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010, p.181-184.

torno das condicionantes da alteração constitucional e de que como o conceito de eficiência é apreendido no plano jurídico.

É importante destacar neste ponto que, ao lado da conjuntura internacional, o princípio da eficiência administrativa foi introduzido expressa e diretamente no texto da Constituição Federal dentro do panorama de grande mudança na vida política brasileira, decorrente da (ainda recente) reabertura democrática – quando Estado e sociedade sequer haviam se conformado ao novo arcabouço constitucional de 1988 –. Nesta inserção, havia forte componente ideológico, relacionado a projeto político interno de matiz neoliberal.

Na promulgação da Emenda Constitucional 19 – que representou parte da chamada Reforma Administrativa do Estado –, o discurso teórico dominante, que almejava legitimar a medida, considerava basicamente que as diversas atividades absorvidas pelo Estado Social de Direito eram o que fazia com que este já não atendesse mais de forma satisfatória e eficiente às ali reputadas reais necessidades da sociedade. Em razão disso, propunham um raciocínio que regredia parcialmente à concepção clássica liberal, consoante o qual seria então necessário diminuir o tamanho do Estado, para assim ser possível focalizar e se concentrar nas atividades declaradas (ou selecionadas como) verdadeiramente essenciais para garantir a eficiência, sem, contudo, retornar à fase inicial do completo abstencionismo.

Tratava-se de uma lógica incorporada desde a década anterior pelos governos dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, ambos da *common law*. Por esta lógica político-econômica, o Estado continuaria a intervir, embora agora indiretamente, na ordem social e econômica, além de deixar de desempenhar algumas de suas atividades de mantenedor do bem-estar social. Iniciava-se naquele momento no Brasil um período de desestatização e privatização, devolvendo e delegando serviços públicos aos particulares, ainda que com uma regulação pública.

O terceiro setor seria chamado a firmar parcerias e contratos com a Administração Pública, dentro de uma postura de publicização do direito privado (organizações da sociedade civil de interesse público) e de privatização do direito público (organizações sociais). No desempenho da gestão pública, por seu turno, deveriam ser incorporadas práticas próprias da administração na iniciativa privada, com ênfase em ganhos de produtividade nos resultados.

Apesar de aparentemente afinado com parte das razões que conduziram à crise da separação entre direito público e direito privado no panorama internacional da tradição romano-germânica e com a crise do Estado Social de Direito, a inadequação conjuntural do discurso era manifesta na realidade brasileira.

No campo político, o componente ideológico da previsão expressa do princípio da eficiência em texto constitucional era marcado pelo seu caráter dual. Buscava estabelecer aparentes identificações simbólicas: de um lado, entre o antigo e o ineficiente; de outro, entre o novo (pós Emenda Constitucional) e o eficiente. Do contraste – delas deduzido – era permitida a sustentação do projeto de Estado e de poder. Para Emerson Gabardo novas expectativas em torno do Estado e do próprio sistema constitucional advieram do sucesso da ideologia neoliberal, não devendo mais ser eles pautados pelo providencialismo, ao revés por uma concepção “eficientista” decorrente do que denominou de “fetichismo econômico”: a busca pela flexibilização e pela desregulamentação do Estado, ao invés da verificação dos reais elementos demonstrativos de eficiência na perspectiva de um Estado social¹⁸⁶.

No Brasil, havia uma democracia incipiente e em movimento de consolidação, em paralelo a uma demanda crescente da sociedade por serviços estatais, o que gerava tensão sociopsicológica suficiente para o manejo ideológico. Consoante Clifford Geertz, “é justamente a confluência de tensão psicológica e a ausência de recursos culturais através do quais essa tensão possa fazer sentido, uma exacerbando a outra, que prepara o cenário para o aparecimento de ideologias sistemáticas”¹⁸⁷. Para ele, o *locus* mais proeminente do fermento ideológico corresponde justamente a algumas partes da América Latina, nas quais eram dados passos iniciais de afastamento em relação a políticas tradicionais. Tal circunstância gerava um sentido difuso de desorientação, tornando intensa a busca por um novo arcabouço simbólico para formular, pensar e reagir a problemas políticos¹⁸⁸.

Exatamente por estar recém-saído de um regime repressor, o Brasil não havia ainda experimentado, no pleno exercício de garantias e liberdades individuais pelos cidadãos, as possibilidades de um autêntico Estado Social de Direito. Não havia, portanto, em menos de dez anos, reais condições de amadurecimento democrático em relação aos novos parâmetros postos pela Constituição de 1988, de modo a ser possível reconhecer suas eventuais desvantagens. A própria curta experimentação no novo regime não permitia ali condições de verificar a sua eventual inaptidão a concretizar plenamente os direitos prometidos no texto constitucional.

Naquele momento, passados dez anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 e meses antes da Emenda Constitucional 19, Cármen Lúcia Antunes Rocha afirmava que, “reproduzindo o mesmo modelo do colonialismo antes apresentado na história, o

¹⁸⁶ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do poder político*. Barueri: Manole, 2003, p.161.

¹⁸⁷ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012, p.125.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.126.

neoliberalismo tornou-se ‘moda’ ‘politicamente correta’”. Dificultava assim conquistas sociais, promovendo a desconstitucionalização de um rol de direitos que se vinha alicerçando sob o signo de uma sociabilidade comprometida com a solidariedade¹⁸⁹.

Por outro lado e exatamente em razão da recente ausência de abertura política, não havia como existir um terceiro setor estruturado e desenvolvido no Brasil, de modo a permitir efetivamente a privatização da gestão pública. Quanto ao figurino adotado no discurso de neoliberalismo dos Estados Unidos na era Reagan, este próprio não logrou melhores resultados. Andrea Semprini destaca que, no período que compreendeu a crise do petróleo da década de 70 e a política econômica liberal da década de 80, embora tenha havido um enriquecimento do país, a renda apenas se concentrou ainda mais nas camadas mais ricas da sociedade. De 1973 a 1993, os 20% mais ricos passaram de 45,6% para 48,2% da renda total do país, ao passo que os 20% mais pobres passaram de 4,2% a 3,6%, aumentando o fosso da desigualdade social¹⁹⁰.

É de destacar ainda que não há uma relação lógica e necessária entre a amplitude das atribuições do Estado e seu nível de eficiência. De acordo com Edson Luís Kossmann, um Estado pode ser socialmente comprometido com o resgate uma série de necessidades básicas da população, proporcionando uma emancipação cidadã, e ser eficiente, ao passo que um Estado extremamente diminuto, voltado aos interesses do capital e da iniciativa privada, pode ser ineficiente¹⁹¹. Para ele, “o Estado Brasileiro, que tem na própria Constituição a fonte de irradiação de suas funções, deve ser, [...], do tamanho necessário para o cumprimento dessas, nem mais, nem menos; nem maior, nem menor”, destacando que, quanto menos a sociedade for inclusive e solidária, maior necessitará ser o Estado¹⁹².

Crise de eficiência do Estado social não significa, segundo Emerson Gabardo, incompatibilidade entre o eficiente e o social. Se a eficiência administrativa apenas existe no enquadramento constitucional em que é posta, no caso do sistema brasileiro ela deve ser observada sob a ótica do próprio Estado Social de Direito¹⁹³. Deste modo é importante

¹⁸⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 98

¹⁹⁰ SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Traduzido por Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999, p.33-35.

¹⁹¹ KOSSMANN, Edson Luís. *A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p.83-84.

¹⁹² *Ibidem*, p.143.

¹⁹³ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do poder político*. Barueri: Manole, 2003, p.162-163.

observar que, não obstante guarde semelhança com a eficiência no setor privado – especialmente na teoria da administração¹⁹⁴ –, com esta não se confunde.

De acordo com Paulo Modesto, mesmo originariamente residente nos domínios da administração de empresa, o termo “eficiência” não é propriedade exclusiva de nenhuma ciência, cabendo aos juristas, no processo de construção do sentido deste conceito, explorar o conteúdo jurídico desse princípio no ordenamento normativo nacional¹⁹⁵. O conceito de eficiência para o setor público, assim, deve ser preenchido a partir da constatação das peculiaridades fundamentais em relação a este seu campo de incidência, quando comparado ao setor privado.

Na iniciativa privada, a lógica é diferenciada daquela aplicável à Administração Pública, pois a principal variável em discussão, a verdadeira força-motriz do empreendedorismo, é a necessidade de obtenção de lucro para a empresa. Há, portanto, natural direcionamento e preponderância das consequências deste atuar para dentro do próprio agente eficiente. A iniciativa privada é eficiente, em primeiro lugar, em seu próprio favor, como uma condição necessária de competitividade no mercado capitalista. Apenas como reflexo desta postura é que podem ser (e não necessariamente o são) gerados benefícios à sociedade consumidora, seja pela eventual redução pura e simples de preços, seja pela eventual melhoria de qualidade de seus bens e serviços.

No setor público, todavia, a lógica é inversa. A Administração Pública não visa a atender ao seu próprio interesse, mas ao que seja melhor para o indivíduo e para a sociedade, vale dizer, aos interesses dos seus “consumidores”. Em última análise, o setor público apenas deve ser eficiente em favor da realização do bem comum e não para si mesmo. Aqui, somente por via indireta, é que eventualmente podem ser produzidos benefícios em favor dos interesses da própria Administração Pública.

Edson Luís Kossmann enfatiza que o princípio da eficiência não deve ser compreendido perante a ótica do mercado numa racionalidade econômica que busca o lucro e

¹⁹⁴ Na ciência da administração, Idalberto Chiavenato defende que: “a eficiência é uma relação técnica entre entradas e saídas. Nesses termos, a eficiência é uma relação entre custos e benefícios, ou seja, uma relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido: é a razão entre o esforço e o resultado, entre a despesa e a receita, entre o custo e o benefício resultante. [...] A eficiência está voltada para a melhor maneira (the best way) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos) a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias-primas) sejam aplicados da forma mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis”. Conferere CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p.155).

¹⁹⁵ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.3.

a acumulação de riqueza como fim último. Segundo este autor, se o Brasil é reconhecido como um Estado Democrático de Direito, tendo por fonte primordial a Constituição, há de ser observado o compromisso constitucional de resgate da histórica dívida social, com pilar no respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais¹⁹⁶.

A racionalidade de métodos e procedimentos destinados à otimização de resultados se encontra, portanto, direta e imediatamente vinculada ao atendimento dos interesses de toda a sociedade, da melhor forma possível, em direção ao desiderato constitucional. Nem sempre, por exemplo, uma determinada ação estatal que signifique menos custos financeiros que outra representará o melhor resultado em termos socialmente esperados. Como foi destacado em outra obra, esta inversão de perspectiva permite deduzir a impossibilidade de adoção em sua inteireza da lógica da iniciativa privada, diante das diversas variáveis que condicionam e simultaneamente são condicionadas pelos resultados da atividade do Poder Público¹⁹⁷.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o agir eficiente se apresenta como uma condição necessária para a obtenção dos resultados que se espera de toda atuação, seja privada, seja pública. Ocorre, entretanto, que, enquanto na gestão privada de interesses pode ser dito que este logro de resultados possui caráter meramente dispositivo, tal é rigorosamente obrigatório quando referido à gestão de interesses públicos do Estado¹⁹⁸. A satisfação dos anseios da sociedade não confere nenhuma margem de escolha à Administração Pública para que aja de forma eficiente ou não: tal atributo é um imperativo no setor público.

Não é por outro motivo que Manoel Jorge e Silva Neto explana que o objetivo da inscrição em sede constitucional do princípio da eficiência administrativa não é promover uma suposta identificação entre o atuar da Administração Pública e a conduta dos entes privados, mas sim concitar os agentes públicos a atuarem de forma mais expedita e competente¹⁹⁹.

O próprio Egon Bockmann Moreira, apesar de sua crítica negativa à inovação constitucional retro referida, entende também que “o Direito não precisa subordinar-se a outros mundos do conhecimento, mas pode sentar-se à mesa e aprender com eles – numa construção positiva da norma a ser aplicada”. Logo, seria ainda assim possível uma

¹⁹⁶ KOSSMANN, Edson Luís. *A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p.85-86.

¹⁹⁷ LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Processo trabalhista eficiente*. São Paulo: LTr, 2012, p.81.

¹⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.126.

¹⁹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, p.438.

interpretação positiva do princípio da eficiência administrativa, considerando:

a) O pressuposto hermenêutico do legislador racional²⁰⁰, suprimindo ou corrigindo eventuais vícios e desvios observados no texto efetivamente legislado.

b) Uma interpretação sistemática e coerente com as demais normas constitucionais, técnica esta não necessariamente relacionada de forma estrita aos conceitos da economia e da administração de empresas.

c) O princípio da máxima eficácia dos direitos sociais, direcionado ao máximo de benefícios concretos ao cidadão²⁰¹.

Neste sentido, Emerson Gabardo informa que, quando considerado de forma isolada e fora do conjunto de valores e princípios constitucionais, o princípio da eficiência pode assumir uma feição como algoz da segurança jurídica e da vinculação social do Estado. Quando, entretanto, inserido na Constituição, sua natureza é modificada na essência, não podendo ser interpretado de modo a violar o Estado Social e Democrático de Direito²⁰².

Desta forma, embora seja reconhecida a inadequação conjuntural do discurso que embasou a positivação do princípio da eficiência administrativa no Brasil, em comparação com as condicionantes da mitigação da separação entre direito público e direito privado nos países da tradição romano-germânica e da própria crise do Estado de Social de Direito, é ainda assim possível tentar construir um significado jurídico para o conceito de eficiência que transcenda aos vícios de formação e que permita efetivamente a concretização de direitos fundamentais.

3.1.2 Parâmetros da administração pública direcionados a uma gestão de resultados efetivos

A positivação do princípio da eficiência no texto constitucional, em si mesma, pode representar verdadeiramente, no campo simbólico, um compromisso e uma expectativa da sociedade brasileira em um aparato estatal funcional, que realmente traduza o Estado

²⁰⁰ Quanto ao legislador racional, “trata-se de uma construção dogmática que não se confunde com o legislador normativo (o ato juridicamente competente, conforme o ordenamento) nem com o legislador real (a vontade que *de fato* positiva normas). É uma figura intermédica, que funciona como um terceiro metalinguístico, em face da língua normativa (LN) e da língua realidade (LR). [...] Tal exigência de compartilhamento de padrões mínimos de racionalidade é condição necessária de todo e qualquer ato interpretativo, dentro de uma teoria geral da interpretação de comportamentos”. Conferir FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p.245-246.

²⁰¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010, p.185-187.

²⁰² GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do poder político*. Barueri: Manole, 2003, p.18-19.

Democrático de Direito e satisfaça ao bem comum, concretizando os direitos fundamentais.

Assim, conforme Fernando Leal, se o ordenamento jurídico passa a reconhecer expressamente um compromisso jurídico com a eficiência administrativa, para se justificar agora o seu uso institucional não é necessário mais buscar preliminarmente um valor intrínseco para um resultado eficiente de distribuição de recursos.

Pelo contrário, a margem jurídico-pragmática decorrente da inovação constitucional permite que se passe a considerar as consequências sistêmicas das decisões, pela jurisdicização de considerações práticas, sem que tal recurso de argumentação seja reputado de natureza extrajurídica. O grande problema passa a ser saber então como e quando será necessário recorrer ao argumento pragmático sem que se corra o risco de institucionalizar todo tipo de argumentação consequencialista ou de funcionalizar direitos²⁰³.

Logo, justamente porque ainda consideravelmente imerso nos influxos da cultura positivista na tradição romano-germânica de vinculação ao texto escrito da lei, o operador do Direito passa a dispor de um importante instrumental retórico-formal a amparar no campo argumentativo a prevalência do papel e do perfil adequados da atuação da Administração Pública direcionada a uma gestão de resultados.

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, pela leitura do princípio da eficiência, “o resultado destaca-se como um novo modelo do Direito Administrativo: a legitimidade da ação estatal não se resume ao respeito aos procedimentos formais, mas, principalmente, ao alcance dos resultados delimitados pelo texto constitucional”²⁰⁴. Passou-se a reconhecer, de acordo com Alexandre Santos de Aragão, que “há uma espécie de hierarquia imprópria entre as meras regras contidas nas leis e os seus objetivos, de forma que a aplicação daquelas só se legitima enquanto constituir meio adequado à realização destes”²⁰⁵.

É, portanto, uma nova concepção do sistema administrativo burocrático, em sentido da correção de suas disfunções que priorizam os meios em detrimento dos fins, invertendo esta lógica. Edson Luís Kossmann destaca a importância para a moralidade pública do aparato burocrático purgado de excessos e distorções, asseverando que um vínculo entre, por um lado, o procedimentalismo racional e legítimo – como garantia da imparcialidade e da

²⁰³ LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.3-4.

²⁰⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2013, p.113.

²⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.379.

segurança jurídica –; por outro, a participação do cidadão na vida do Estado – como controle e intervenção sobre a gestão pública –; produz colaboração e legitimação recíprocas entre burocracia e democracia, aquela primeira como um instrumento a serviço desta última²⁰⁶.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, o modelo gerencial da Administração Pública atende às necessidades do capitalismo global e da democracia, inspirado na administração de empresas privadas, tem por foco a participação do cidadão-usuário na gestão e no controle dos serviços²⁰⁷. De acordo com Jacques Chevallier, por outro lado, a impregnação dos valores do setor privado passa por uma nova percepção do administrado, pelo qual este usuário espera que a Administração satisfaça a suas aspirações na melhor medida possível. Os serviços administrativos devem ajustar as prestações oferecidas em função de um Estado de demanda que estude metodicamente as necessidades e expectativas do público e efetue uma política robusta em sua direção, com a finalidade de melhorar a qualidade dos resultados²⁰⁸.

De acordo com Sylvie Trosa, o Estado muda porque a sociedade muda. Assim, não lhe é mais possível permanecer indiferente, por exemplo, à globalização econômica e tecnológica, sob o risco de sua capacidade de influência ser reduzida. Não pode igualmente se manter alheio à evolução do cidadão usuário, que muito mais que simples cortesia, espera e confia em serviços verdadeiramente adaptados a suas específicas necessidades, ao invés de soluções genéricas e impessoalmente válidas.

E não lhe cabe mais mostrar indiferença quanto aos anseios do seu quadro de servidores, na medida em que a ausência de capacidade de iniciativa somada à lentidão dos circuitos de gestão faz com que, embora se empenhem por resultados e por se aproximarem dos usuários, nem sempre tenham capacidade de assumir iniciativas ou apresentar soluções. Não lhe é franqueado tampouco ignorar a pressão que a opinião pública lhe exerce, pela prestação não de contas tradicionais e sim dos serviços prestados aos cidadãos, no que tange aos seus custos e a sua eficácia²⁰⁹.

O bom desempenho da Administração Pública implica na passagem do universal abstrato a soluções específicas, o que pressupõe que os servidores disponham de meios para analisar o método e a gama de instrumentos mais adaptados. As respostas mais bem adaptadas às expectativas do usuário necessitam da reorganização dos serviços, da racionalização e

²⁰⁶ KOSSMANN, Edson Luís. *A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p.136-137.

²⁰⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, ano 39, v.233, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.2014, p.69.

²⁰⁸ CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traduzido para o espanhol por Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p.144.

²⁰⁹ TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o estado se compromete. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.19.

simplificação dos procedimentos e do trabalho em equipe de projetos flexíveis²¹⁰. São as circunstâncias do caso concreto que indicarão o sentido da atuação da Administração Pública em prol da eficiência.

Nesse mesmo tom de uma nova forma de compreensão da coisa pública, Antonio Carlos Flores de Moraes defende que a reforma administrativa não deve se resumir à promulgação de normas jurídicas, mas revelar verdadeira atitude permanente de gestão²¹¹. Assente nesta abordagem, se concorda com Paulo Modesto quando afirma que a inserção textual não representou uma mera extravagância retórica no plano jurídico, até porque, “admitida a gestão pública como necessariamente racional e instrumental, porque destinada a servir ao público na justa proporção das necessidades coletivas, torna-se inadmissível o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente”²¹².

Sob o enfoque de um legislador racional, pode ser dito que a textualização do princípio da eficiência administrativa em sede constitucional traduziu um imperativo normativo, antes implícito e sempre necessário do Estado Democrático de Direito brasileiro. Em Humberto Ávila, “o dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”²¹³. Não há como, dessa maneira, se entender a funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito (e conseqüentemente o seu direcionamento à consecução do bem comum) sem que se pressuponha necessariamente a eficiência.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por seu turno, a eficiência administrativa não pode mais ser entendida contemporaneamente no seu conceito econômico, como mero incremento da produção de bens e serviços, com a redução de insumos e aumento de lucros. Pelo contrário, precisa ser reconhecida por uma percepção mais ampla, como uma eficiência sócio-econômica, vale dizer, um complexo de resultados em prol da sociedade. Trata-se de produzir, da forma mais célere possível, bens e serviços de melhor qualidade e na maior quantidade possíveis, com base nos menores custos para a sociedade²¹⁴.

²¹⁰ TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o estado se compromete. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p.40-41.

²¹¹ MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.131.

²¹² MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.6.

²¹³ ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.19.

²¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.103.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência administrativa, é percebido como não mais do que uma faceta do *principio di buona amministrazione* (princípio da boa administração), presente no direito italiano²¹⁵²¹⁶.

No doutrina administrativista italiana, Franco Bassi esclarece que o princípio da boa administração orienta a Administração Pública a atuar com diligência e inteligência mediana, devendo respeitar tal diretriz, de modo a garantir a eficiência da atividade administrativa. O desenvolvimento da atuação administrativa ocorreria assim conforme uma prática em padrões pré-estabelecidos, decorrentes da experiência prática passada pelos agentes e órgãos. O funcionário, em harmonia com sua própria cognição profissional, criaria o precedente administrativo que influenciaria na atuação dos demais em casos análogos²¹⁷. Observa-se aqui a eficiência também como um imperativo de racionalidade parametrizado pela manutenção da coerência e da confiança na atuação do Estado, como manifestação de segurança jurídica.

Como leciona Sabino Cassese, o princípio em questão possui um alcance muito amplo, abrangendo, tanto o dever de buscar a melhor realização do interesse público – considerando uma relação de coerência e congruência entre a atuação da Administração Pública e o fim a ser perseguido –, quanto a tempestividade dos atos administrativos. Por outro lado, impõe também os deveres de economicidade (menor custo), eficácia e eficiência. É importante ressaltar que a eficiência administrativa seria aqui determinada pela razão entre resultados obtidos e quantidade de recursos utilizados, enquanto a eficácia, no entanto, representaria a capacidade de atingir concretamente as metas que tinha de antemão fixado²¹⁸.

Do princípio do bom andamento, voltado inicialmente para a percepção do próprio Estado em sua atuação, na Itália se evoluiu ao princípio da boa administração, em função da defesa de direitos dos cidadãos quando em confronto com o Poder Público, alcançando diversas outras garantias constitucionais ou legais, tais como o direito de acesso à Administração e ser ouvido, o direito à motivação das decisões administrativas e o direito de

²¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.125.

²¹⁶ Observa-se, contudo, que a Constituição da República Italiana de 1947 não versa expressamente sobre o princípio da boa administração, referindo apenas ao dever de bom andamento. De acordo com o seu art. 97, “*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*”: “*Os órgãos públicos são ordenados segundo disposições de lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração* (tradução nossa)”. *Conferere ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

²¹⁷ BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2008, p.68-69.

²¹⁸ CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3.ed. *Corso di diritto amministrativo*. v.1. Milão: Giuffrè, 2009, p.13-14.

apresentar defesa perante um juiz. Possui relação ainda com a imparcialidade, a razoabilidade, a equidade, a objetividade, a coerência, a proporcionalidade e a ausência de discriminação²¹⁹. A boa administração, portanto, avança para a garantia de um processo administrativo justo, como finalidade a ser perseguida pela otimização dos meios disponíveis.

Nesta lógica de desenvolvimento conceitual, o princípio da boa administração conta com disciplina na Comunidade Europeia, o que vincula e serve de referência aos Estados-membros. Foi editado, em 13 de setembro de 2000, o código de boa conduta administrativa para o pessoal da comissão europeia nas suas relações com o público, no qual foram consignados, em seu item 1, os quatro princípios gerais de boa administração:

a) Legalidade, pela conformação da atuação com o Direito e aplicação das regras e procedimentos previstos na legislação comunitária.

b) Não discriminação e igualdade de tratamento dos administrados, independentemente da sua nacionalidade, sexo, origem racial ou étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, devendo qualquer diferença de tratamento em casos análogos ser expressamente justificada pela natureza específica do caso.

c) Proporcionalidade, em relação aos objetivos que se pretende atingir e para que não haja imposição de encargos administrativos ou orçamentais desproporcionados em relação aos benefícios esperados.

d) Coerência, partindo de que a Comissão deverá ser coerente na sua conduta administrativa, procedendo em conformidade com as suas práticas habituais e considerando que qualquer exceção a este princípio deverá ser devidamente justificado²²⁰.

Mais adiante, em 18 de dezembro de 2000, o Parlamento Europeu, o Conselho da União Europeia e a Comissão Europeia proclamaram a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta de Nice), que prescreveu, no art. 41, o direito a uma boa administração.

Ao propor um novo conceito de boa administração, Mário Aroso de Almeida afirma que a boa administração exige uma Administração que respeite os direitos dos particulares e ao mesmo tempo providencie serviços públicos eficientes, por intermédio da utilização de adequados métodos de gestão, combinando os componentes jurídicos da legalidade, participação e transparência, com os componentes não jurídicos da performance e

²¹⁹ CASSESE, Sabino. Istituzioni di diritto amministrativo. 3.ed. *Corso di diritto amministrativo*. v.1. Milão: Giuffrè, 2009, p.14-15.

²²⁰ COMUNIDADE EUROPEIA. *Código de boa conduta administrativa: relações com o público*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

controle, tais como a acessibilidade dos serviços públicos, a produtividade no cumprimento de tarefas e objetivos e a adequada formação de agentes públicos²²¹.

O respeito pelos direitos e interesses dos particulares não deixa de também se configurar como dimensão da boa administração dentro de um Estado Democrático de Direito. Há uma tensão dialética entre os valores da eficácia e da eficiência na atuação da Administração e as garantias formais e procedimentais, sendo que a boa administração deve resultar “do necessário equilíbrio entre valores tendencialmente conflitantes”²²².

No conjunto de novas expectativas oriundas da pós-modernidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que a eficiência é o verdadeiro desafio a ser superado pela Administração Pública, em prol da busca pela mais razoável e a menos conflituosa orientação científica, sem simpatias políticas ou emocionais, mas apenas pautada pela preservação da liberdade e pela realização dos direitos fundamentais, tendo em mira o desenvolvimento econômico e social²²³.

A Administração Pública, consoante explica Onofre Alves Batista Júnior, encontra-se vinculada à busca pelo bem comum e à necessidade de assegurar a dignidade humana aos cidadãos, motivo pelo qual deve fomentar o arranjo otimizado de interesses públicos envolvidos no caso concreto, atuando de forma eficiente nas prestações estatais que garantam condições mínimas de existência digna²²⁴.

Embora reconheça que o grau de eficiência varie conforme a atividade pública analisada, sofrendo alterações ao longo do tempo, dos contextos políticos, dos recursos tecnológicos disponíveis e das aspirações sociais, o mencionado autor alinhava alguns aspectos da ideia nuclear do princípio em comento:

a) Eficácia, como componente da eficiência em sentido lato, no dever de observância das finalidades perseguidas pela Administração Pública em torno do bem comum – o conjunto das condições da vida social que favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana, numa perspectiva da universalidade de resultados, como condição necessária a socializar a prestação do bem comum, não em favor de grupos determinados ou maiorias, mas da coletividade como um todo.

b) Eficiência em sentido estrito, como a necessidade de proporcionar com

²²¹ ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012, p.68-69.

²²² *Ibidem*, p.70-71.

²²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.121-122.

²²⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89-90.

recursos relativamente escassos o maior nível de satisfação possível da coletividade, tendo por componentes: a produtividade, na satisfação dos interesses relevantes, considerando a razão entre o esforço e o resultado; e a economicidade, na articulação dos meios econômicos e financeiros, para obtenção do melhor resultado estratégico possível, no combate ao desperdício.

c) Qualidade, considerando a pessoa humana como referencial do usuário do serviço público, que pede por melhores produtos, melhores serviços, atendimento igualitário de necessidades e interesses.

d) Celeridade e a presteza, não bastando apenas a solução funcionalmente otimizada, mas que ela seja atingida de forma rápida para ser a melhor, numa avaliação trilateral de custo, benefício e tempo.

e) Continuidade na prestação de serviços públicos, de modo a que os melhores resultados não sejam alcançados apenas de forma isolada e esporádica, mas permanentemente, sem atrasos e interrupções.

f) Desburocratização, com interface com a economicidade e a celeridade, seja no abandono de procedimentos administrativos demasiadamente longos e lentos, que dificultam decisões céleres, seja na simplificação de estruturas administrativas, aproximando a Administração dos administrados²²⁵.

O que traz legitimidade à conduta da Administração Pública, conforme ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha, é “a realização efetiva e eficiente de interesse público determinado, demonstrado e exposto concretamente em cada situação administrativa e que se identifica, na maioria das vezes, com a prestação do serviço público”. A finalidade é elemento essencial do princípio da juridicidade, já que a Administração Pública não atua porque quer, mas pelo dever de atingir o fim previsto no ordenamento jurídico.

É a legitimidade do interesse público que fundamenta a validade do cometimento público. Esta realização deve levar em conta a sintonia da alteração produzida na realidade para com os anseios da sociedade, bem assim que seu aperfeiçoamento ocorra da forma mais adequada, com o custo mais razoável e com resultados os mais abrangentes possíveis a universalizar a prestação do serviço público²²⁶.

Por fim, há de ponderar, conforme Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, que eficiência não se restringe à promoção do mais elevado nível de resultados ao prover a

²²⁵ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 173-206.

²²⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.110-111.

população dos direitos constitucionalizados, mas também e especialmente garantir este desiderato com o menor sacrifício pela imposição de deveres aos membros desta mesma sociedade. Há aí a síntese de uma tensão entre as forças liberal e social na Constituição: pelo aspecto liberal, a eficiência impõe o menor grau de atenuações das liberdades para um mesmo nível de resultados; pelo social, é exigido que, para um mesmo patamar de sacrifícios, a Administração Pública proveja a sociedade com o máximo de direitos²²⁷.

Numa visão mais aprofundada, além de um princípio, a eficiência pode assim ser reconhecida até mesmo endogenamente como um núcleo axiológico estruturante das normas jurídicas que disciplinam as relações do Estado com o indivíduo, enquanto valor perseguido pelo intérprete e aplicador do Direito. A legislação é sempre finita, pois é impossível mapear todas as possibilidades de acontecimentos e condutas. Diante de um Estado estático, submetido ao mecanismo de frenagem da legalidade, a eficiência vem a se configurar como o contraponto de um Estado dinâmico, que leva em conta as circunstâncias do caso concreto para se alcançar a conduta administrativa ideal com o mínimo sacrifício de direitos.

Trata-se de um compromisso permanente e obrigatório do agente público, em qualquer de suas atribuições, contra a má utilização e o desperdício de tempo e recursos materiais e humanos. É o direcionamento da gestão pública à consecução da boa administração em todos os seus aspectos práticos. Agir de forma eficiente no setor público deve significar assim empregar não mais que os procedimentos, as medidas e os recursos suficientes e estritamente necessários ao tempestivo e perfeito alcance da finalidade pública almejada em cada hipótese concreta.

Logo, no momento da reformulação na relação entre direito público e direito privado nos países da tradição romano-germânica, o princípio da eficiência administrativa deve ser reconhecido como um vetor da Administração Pública para uma gestão de resultados, direcionados inequivocamente à melhor consecução do interesse público e da ótima prestação do serviço público em prol da concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Nas democracias modernas das tradições ocidentais é possível assim concluir que esta característica do agir estatal é transcendente ao texto positivado. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que realizem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.

²²⁷ MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo*: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p.366-367.

3.2 SINDICABILIDADE E EFICIÊNCIA NA PERSPECTIVA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A utilização de conceitos indeterminados²²⁸ em caráter bem mais abrangente é uma marca característica do pós-positivismo jurídico. Tais conceitos correspondem basicamente a expressões constantes da norma cujos valores semânticos são vagos ou imprecisos. Embora, sob os influxos desta nova concepção, estejam cada vez mais presentes no âmbito das regras, apresentam residência habitual em sede dos princípios, espécies normativas estas diretamente relacionadas a valores cuja fluidez de conteúdo é fator determinante.

O recurso a conceitos indeterminados é técnica legislativa motivada, tanto pela conveniência da constante atualização valorativa do seu conteúdo, quanto pela impossibilidade concreta de prever em abstrato a multiplicidade de efeitos concretos. O legislador posterga e delega ao agente público a tarefa de preencher de conteúdo determinado conceito, tornando a norma a mais adequada possível aos valores e aos fatos de cada momento, trazendo maior correção na aplicação do Direito.

A expressão “eficiência”, em si mesma, não remete o seu aplicador a limites precisos de interpretação em torno do que venha a se configurar na prática ou mesmo quais os critérios que tornem possível aferir tal característica ou um grau desta. Diante desta fluidez conceitual, se torna necessário investigar se o princípio da eficiência pode servir, efetivamente, como fator de sindicabilidade de condutas discricionárias e vinculantes da Administração Pública.

Antes, no entanto, é imperioso perquirir se o próprio atuar eficiente não se configuraria em exercício discricionário das atribuições administrativas, o que pressupõe, por seu turno, uma análise da relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade.

A doutrina dos conceitos indeterminados surgiu nos países germânicos no Século XIX, juntamente com a discussão em torno de se saber se estes seriam ou não passíveis de

²²⁸ Para Ricardo Maurício Freire Soares, “verifica-se uma diferença entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. No primeiro caso, a hipótese normativa e a providência a ser tomada pelo intérprete não estão previamente fixados na lei, havendo, pois, um maior campo para a construção hermenêutica. No segundo caso, a hipótese normativa não está definida previamente, embora a providência final a ser tomada pelo intérprete seja fixada de antemão pela norma legal”. *Conferere* SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.343.

controle pelos tribunais administrativos²²⁹. Foram então propostas as teorias da multivalência e da univalência do suposto fático, que reverberam ao final na possibilidade ou não de exercício de poder discricionário para preencher o conteúdo de tais conceitos.

3.2.1 Sindicabilidade da conduta eficiente da Administração Pública

O exercício do poder discricionário, para parte da doutrina, seria decorrência necessária do trabalho interpretativo com o conceito indeterminado, sob o fundamento de que o suposto fático da norma que o contenha admite várias soluções corretas – do que se deduz a multivalência do suposto fático –, em detrimento logicamente da possibilidade de controle. Haveria vinculação conceitual entre os dois fenômenos, que representariam, ao final, dois enfoques de uma única figura jurídica.

A primeira manifestação da teoria da multivalência, segundo relata António Francisco de Sousa, surgiu na Áustria de 1886 com Bernatzik, quando propôs que certos conceitos indeterminados apenas seriam preenchidos por um complexo processo de interpretação em cadeia: a “discricionariedade técnica”. Não existindo amarras seguras de interpretação e de controle deste processo, a saída seria considerar que os conceitos indeterminados atribuiriam discricionariedade à autoridade administrativa²³⁰.

Conquanto não tenha sido tese predominante nos países germânicos, na Alemanha do pós-Guerra a teoria da multivalência teve seus seguidores e foi defendida principalmente por Ernst Forsthoff, que situou os conceitos de valor em contraponto aos empíricos. Enquanto estes reclamariam uma simples operação lógica para fixar o seu real conteúdo, os conceitos de valor demandariam uma conduta de eleição no quadro de uma realização de valores, o que justificaria assim a discricionariedade²³¹.

Em solo brasileiro, argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello que os conceitos dos quais faz uso a lei, ou dizem respeito ao mundo da natureza, ou, pelo contrário, ao da cultura, da causalidade ou do valor. Aqueles primeiros, determináveis no plano das ciências que se embasam no valor teórico da verdade, são unissignificativos. Quanto aos conceitos atinentes ao mundo da razão prática e da sensibilidade, são plurissignificativos, com certa fluidez e de alguma incerteza.

Como a norma não pode se furtar a manipular conceitos destas duas ordens, ora

²²⁹ SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.34.

²³⁰ *Ibidem*, p.34-35.

²³¹ *Ibidem*, p.41-42.

traz em si delimitações rigorosas e objetivas, ora abriga em seu bojo a indeterminação e a fluidez dos conceitos práticos. A discricionariedade assistiria precisamente neste último campo; enquanto a vinculação, ao primeiro²³². Segundo este autor, a discricionariedade administrativa “pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos”²³³.

José dos Santos Carvalho Filho, por seu turno, embora declare o propósito de não contestar a tese da única solução, pondera que esta deve ser apreciada em termos, pois, em muitos casos, justamente em razão da zona de incerteza oriunda da própria natureza destes conceitos, não haveria elementos verdadeiramente precisos para se alcançar este tipo de resposta, embora tal não representasse o mero exercício de sua livre vontade. Diante destas circunstâncias chega à conclusão que não haveria precisão suficiente ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário²³⁴.

Nos anos 70, conforme recorda Gustavo Binbenojm, a doutrina alemã dos conceitos indeterminados encontrou forte reação, uma vez que o excesso de controle gerou o que denominou de “indesejável judicialização da atividade administrativa”, contrariando as noções de eficiência e especialização funcional, além de comprometer o sistema de separação dos poderes²³⁵.

Os conceitos indeterminados apresentam zonas de certeza positiva e certeza negativa acerca dos fatos que se enquadram no enunciado, que tornam o controle judicial plenamente possível. Por outro lado, haveria ainda uma zona intermediária de penumbra entre as duas anteriores, local em que ficaria o cerne da indeterminação. Para este citado autor, é justamente nesta zona de incerteza que residiria a margem de apreciação administrativa, que não poderia ser substituída pela apreciação do Poder Judiciário. Por outro lado, o parcial controle jurisdicional, no que se refere às duas zonas de certeza, seria demarcado pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais do Direito²³⁶.

Sendo assim, no controle da aplicação dos conceitos indeterminados pelo administrador, o juiz não verificaria se o resultado teria sido correto, mas exclusivamente se foi motivado e justificado, segundo as circunstâncias do caso concreto, mostrando-se

²³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.982.

²³³ *Idem*. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.20.

²³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.30-31.

²³⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.216-217

²³⁶ *Ibidem*, p.222

sustentável²³⁷. Seria possível uma gradação da intensidade do controle, nos seguintes termos:

a) Quanto maior o grau de objetividade do enunciado do conceito indeterminado, mais intenso o grau de controle judicial, prestigiando os valores da legitimidade democrática, da segurança jurídica e da racionalidade sistêmica.

b) Quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, menos intenso o grau de controle judicial, prestigiando os valores da especialização funcional e da eficiência.

c) Quanto maior o grau de politicidade da matéria, menos intenso o grau de controle judicial, prestigiando os valores da legitimidade democrática.

d) Quanto maior o grau de efetiva participação social, menos intenso o grau de controle judicial, prestigiando a legitimidade democrática.

e) Quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso o grau de controle judicial²³⁸.

Contrariamente à teoria da multivalência, há também quem entenda que o conceito indeterminado não implica em exercício de poder discricionário, pois o suposto fático da norma que contém aquele conceito apenas admite uma única solução correta para fixação de seu conteúdo – do que decorre a noção de univalência do suposto fático.

De acordo com António Francisco de Sousa, o contraponto marcante a Bernatzik foi, ainda em solo austríaco, representado por Friedrich Tezner. Para este último, qualquer conceito legal, ao qual fossem enquadrados fatos, poderia pressupor cadeias de pensamento altamente complexas, havendo apenas uma diferença do grau de insegurança da palavra entre os conceitos determinados e os indeterminados. Logo, não haveria porque excluir estes do controle jurisdicional²³⁹.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, os conceitos indeterminados não acarretam o exercício de poder discricionário. A norma não lhes estipula com exatidão os limites justamente porque tais não admitem rigorosa quantificação ou determinação, sendo, porém, manifesto que estas hipóteses de realidade admitem ser determinadas na aplicação. Ademais, se referindo a hipóteses concretas, não admite mais que uma solução. Noutras palavras, “a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso”.

²³⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.224

²³⁸ *Ibidem*, p.239-240.

²³⁹ SOUSA, António Francisco de. *«Conceitos indeterminados» no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.35.

Trata-se da aplicação da própria norma, pois, por intermédio de um processo intelectual de compreensão, certas circunstâncias reais são subsumidas em uma categoria normativa, não obstante sua imprecisão de limites e sem a interferência da vontade pura e simples do aplicador. Pelo contrário, a conduta discricionária aceita uma pluralidade de soluções ou alternativas igualmente justas ou mesmo entre indiferentes jurídicos, na medida em que a correspondente decisão estaria fundada em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, entre outros), remetidos ao julgamento subjetivo do agente público²⁴⁰.

António Francisco de Sousa assinala que, ao Poder Legislativo não é dado, com frequência, uma real possibilidade de escolha entre fazer uso de conceitos determinados ou indeterminados, na medida em que o recurso a estes últimos se mostra absolutamente necessário diante de determinadas circunstâncias. Logo, não se lhe afigura legítimo entender que o legislador tenha empregado um conceito indeterminado com o propósito de atribuir alguma margem de apreciação em favor do agente público, pois “não se podem extrair presunções de vontade, quando elas não existam”. Sob o enfoque do Poder Público, não há, portanto, nenhum espaço de livre atuação no ambiente dos conceitos indeterminados, apenas sendo possível uma única decisão certa, embora, em sede de controle *a posteriori*, seja necessário aceitar como certa qualquer decisão sustentável em seus próprios fundamentos.

É que a natureza da conduta vinculada não se pode alterar apenas porque os fatores de decisão não são integralmente determinados. A tese da sustentabilidade, porém, apenas apresenta validade como instrumento à disposição do juiz para uma triagem das decisões ilegais. Não é suficiente, por si só, uma vez que muitas serão as decisões sustentáveis, enquanto a decisão correta será apenas uma, motivo pelo qual será imperioso que o juiz se valha de fatores adicionais de controle²⁴¹.

Celso Luiz Braga de Castro concorda que não há atrelamento entre os conceitos indeterminados e a discricionariedade administrativa. A indeterminação de conceitos não confere amplitude de ação ao agente público, mas apenas postura de interpretação. Enquanto isso, a discricionariedade apenas ocorrerá na medida em que a lei a estabeleça, não como forma de conferir liberdade, mas como meio de avaliar contemporaneamente a conduta mais adequada aos fatos. Recorre a dois exemplos no Direito brasileiro para demonstrar a tese da independência entre estes fenômenos jurídicos: por um lado, na hipótese de nomeação dos

²⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.393-394.

²⁴¹ SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.57-59.

dois juízes de direito integrantes do Tribunal Regional Eleitoral²⁴², o conceito de juiz de direito é determinado, mas a escolha é discricionária; por outro lado, na hipótese da inimputabilidade na seara penal²⁴³, diferentemente, o conceito de inimputável é indeterminado, mas a ausência de aplicação da pena é conduta vinculada²⁴⁴. Enquanto o lugar do conceito indeterminado é na previsão ou suposto fático (*Tatbestand*), a conduta discricionária é encontrada na consequência (*Rechtsfolge*), não havendo como se confundir²⁴⁵.

Uma vez evidenciada a distinta localização dos fenômenos em questão no enunciado normativo, não há como se admitir que, por um lado, a discricionariedade assistiria ao campo da fluidez dos conceitos indeterminados, e, por outro, que idênticos seriam os seus efeitos no labor interpretativo do operador do Direito. O exercício de um poder discricionário pode até estar associado à previsão de um conceito indeterminado, mas esta associação jamais será considerada, em termos abstratos, uma relação genérica e necessária a abranger todas as hipóteses de manifestação destes dois fenômenos jurídicos. Isso porque, estando no domínio do suposto fático, a plurissignificância dos conceitos indeterminados não interfere na consequência jurídica que lhe seja correlacionada.

Ademais, a aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para um mesmo conceito indeterminado, tal como no caso da eficiência administrativa, não autoriza a entender que haja ou possa haver rigorosamente uma escolha discricionária do operador do Direito, pois a delimitação de sentido envolverá sempre um componente derivado de um entendimento consensual. Em verdade, a única solução correta possível pressupõe, em sua origem, uma apreciação racional apoiada na interpretação do conjunto de normas do ordenamento jurídico, sistema este cujas notas de unidade e coerência são baseadas em princípios gerais e não permite, portanto, que se possa concluir pela diversidade de tratamento para casos concretos singulares idênticos.

Estabelecidas estas premissas fica evidenciado que agir de forma eficiente no setor público não se configura como exercício discricionário das atribuições administrativas. Se o conceito indeterminado correspondente à eficiência administrativa pressupõe

²⁴² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 120, § 1º - Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão: I - mediante eleição, pelo voto secreto: [...] b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

²⁴³ *Idem*. *Código Penal*, “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

²⁴⁴ CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.40-41.

²⁴⁵ *Ibidem*, p.45-46.

necessariamente o direcionamento da Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais, não é possível no plano lógico verificar uma pluralidade de soluções ou alternativas igualmente justas ou mesmo entre indiferentes jurídicos.

Conforme Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a aplicação de um conceito indeterminado é caso de interpretação da lei que traz consigo o conceito, motivo pelo qual cabe ao juiz fiscalizar tal aplicação quando judicializada, avaliando se foi reconhecida a única solução justa que a lei permite. Embora decorra de uma situação de fato determinada, a apreciação jurídica é a partir do conceito legal²⁴⁶. Desde que lhe sejam apresentados processualmente os fatos relevantes e as perícias oportunas para sua avaliação, o juiz poderá revisar a aplicação inicial do conceito indeterminado e julgar sua adequação à lei. Com esse pronunciamento é reduzida a zona de incerteza e reconduzido o caso a uma das zonas de certeza, ou seja, a mesma atividade que desempenha em qualquer problema de interpretação: “a existência de incerteza, de imprecisão ou de dúvidas, é consubstancial em todo litígio”²⁴⁷.

Para António Francisco de Sousa, as noções de boa administração e de “caráter técnico” de certas decisões são realidades inegáveis na Administração moderna, sempre devendo ser, porém, integradas no mundo jurídico. A lei quer e impõe a boa administração, sendo que as regras técnicas são instrumentos para se chegar a esse fim. A escolha do critério ou regra técnica é uma questão técnica e integrada no mundo jurídico, não havendo verdadeira escolha, mas simples vinculação ao critério correto ou, no mínimo, ao mais adequado²⁴⁸.

Juarez Freitas destaca, por sua vez, que o direito à boa administração é um plexo de direitos, entre os quais, como *standard* mínimo, se encontram os direitos a uma administração pública transparente, dialógica, imparcial, proba, preventiva, precavida, eficaz e respeitadora de uma legalidade temperada. Desta forma, a discricionariedade administrativa não seria uma faculdade do agente, mas uma competência administrativa para avaliar e escolher, em concreto, as melhores soluções validamente justificadas em sua conveniência e oportunidade, em respeito ao direito fundamental à boa administração²⁴⁹. Para ele, “a

²⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.394-395.

²⁴⁷ *Ibidem*, p.397.

²⁴⁸ SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.100.

²⁴⁹ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e direito fundamental à boa administração*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.23-25.

autoridade jamais desfruta, legitimamente, de liberdade pura para escolher (ou deixar de escolher), ainda que a atuação guarde, aqui e acolá, menor subordinação à legalidade estrita que na concretização dos atos vinculados”²⁵⁰.

A eficiência não pode significar nenhuma amplitude de ação para o agente público, mas sim uma postura de interpretação em direção a uma gestão de resultados. Trata-se de identificar o que instrumentalmente seja mais adequado a garantir a finalidade característica do setor público, circunstância esta que pode caracterizar um parâmetro de sindicabilidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, se a Administração Pública se encontra vinculada a cumprir uma finalidade com o exato atendimento que a norma tutela, é porque esta possui necessariamente um dever de boa administração. Existe uma relação lógica entre o atendimento de um interesse e a adequação das medidas necessárias a o alcançar. Por via de consequência, existe em favor do administrado um direito a que a providência administrativa esteja ajustada a estes fatores de idoneidade²⁵¹.

Embora a Administração Pública moderna necessite, especialmente diante de sua intervenção crescente, possuir instrumentos ágeis para responder tempestiva e adequadamente às imponderáveis demandas com as quais se confronta, esta motivação jamais implicará em ausência de proteção ou em diminuição das garantias do cidadão²⁵². Não é possível alegar dificuldade ou impossibilidade de controle sobre o atuar eficiente na Administração Pública, na medida em que, como pondera Diogo de Figueiredo Moreira Neto, há muito tempo o setor privado o faz, por intermédio de fixação de metas e índices de desempenho e pelo estabelecimento de padrões de resultado, bastando não mais que disseminar experiência e a cultura da responsabilidade²⁵³.

O controle possível da conduta eficiente observará a motivação do ato administrativo por intermédio necessário da técnica de ponderação, considerando os meios a serem adotados para maximizar a razão entre os resultados alcançáveis e os sacrifícios necessários a tanto. Os motivos passam a ser focados assim na fixação de uma escala de prioridades eleitas pela Administração Pública em prol do bem comum, o que é passível de sindicabilidade por parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade tendo em vista as circunstâncias de cada caso concreto.

²⁵⁰ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e direito fundamental à boa administração*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.34.

²⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.161-162.

²⁵² SOUSA, António Francisco de. «*Conceitos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.111.

²⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.121.

É inequívoca, deste modo, a possibilidade efetiva de controle sobre o agir eficiente do administrador, o que deve levar em conta uma apreciação complexa entre os vários interesses envolvidos, sob a ótica fundamental finalística que aponte em direção à efetiva realização do interesse público envolvido. A racionalidade da atuação deve tender sempre a concretizar da forma mais aproximada possível a conduta que melhor atenda a esta necessidade com o menor grau de sacrifício de direitos.

Considerando que o atuar eficiente não se configura uma conduta discricionária, resta saber se o princípio da eficiência pode servir como instrumento de sindicabilidade da discricionariedade e das condutas administrativas vinculadas.

3.2.2 Eficiência como critério de sindicabilidade de condutas administrativas discricionárias e vinculadas

No Estado de Direito toda conduta do agente público é, em regra, regulada pelo ordenamento jurídico, de modo a restringir a sua liberdade à prática do ato, seja em seus aspectos formais, seja quanto ao conteúdo. É assim fixada a premissa clássica, pela qual, se ao particular é possível agir conforme tudo aquilo que não lhe seja proibido, a Administração Pública, ao revés, deve permanecer restrita ao quanto expressamente permitido.

Para o desempenho de suas funções no organismo estatal, a Administração Pública dispõe de deveres-poderes que lhe asseguram posição de preponderância sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Na concepção liberal do Estado de Direito, tais poderes estariam limitados pela lei, para impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades pudessem ser levadas. A vinculação do ato administrativo era uma decorrência direta da vinculação à legalidade, como garantia em favor da sociedade. Não eliminando, ao menos poderia limitar significativamente o subjetivismo individualista na gestão pública.

No plano do direito administrativo, se a vinculação aos rigores da lei era assim a regra geral para o agente público, em outra mão se tornava necessário deixar a este mesmo agente alguma margem ao poder discricionário. Como pondera Kaline Ferreira Davi, não é característica própria da discricionariedade a livre atuação do agente público, mas sim o dever de avaliação do caso concreto até que seja encontrada a única solução correta. Verificada a impossibilidade diante de total falta de critérios objetivos, é aceito, apenas então, algum nível

de liberdade ao administrador público²⁵⁴.

Com o Estado moderno, discricionariedade já não mais se confundia com arbítrio, motivo pelo qual sempre se tratou de uma liberdade meramente aparente. Não era dado ao agente público escolher, baseado em seu livre querer, a solução de cada caso. Consoante Odete Medauar, o estudioso do direito administrativo deve rejeitar o equívoco da linguagem corrente acerca da utilização do termo “discricionário” com o sentido de “arbitrário”, pois, se o poder discricionário, caracterizado como escolha entre várias soluções, é conferido por normas legais, deve atender a parâmetros de exercício. Em verdade, adverte essa autora, há uma espécie de “discricionariedade vinculada”, orientada pela satisfação do interesse público²⁵⁵.

Conforme pontua Celso Luiz Braga de Castro, se a Administração Pública, ao estabelecer limites para garantir a liberdade de uns, cerceia a de outros no exercício de um poder em função do qual se aparelha para o cumprimento do dever administrativo, não pode haver em seu favor liberdade de nenhuma espécie e em sentido próprio. Isso porque a ninguém é dada a liberdade de tirar a liberdade de outrem²⁵⁶.

A realização da situação fática moldurada da norma é a oportunidade em que o administrador identificará a melhor solução possível, o que é plenamente vinculante para o administrador público. A discricionariedade decorre, portanto, de uma ciência do legislador acerca da impossibilidade de previsão, que resulta no deslocamento da apreciação para o momento do fato. Na discricionariedade a obtenção da melhor solução transcende o valor da segurança jurídica em sua concepção clássica. A margem de segurança resulta do refinamento da argumentação justificante e das circunstâncias específicas do caso concreto, cotejadas com a garantia da coerência na atuação administrativa precedente.

Em outras palavras, discricionariedade configura-se apenas como uma resultante da insuficiência de diagnóstico. Há, dessa maneira, maior qualidade das normas discricionárias em relação aos seus efeitos, o que se traduz em uma maior especificidade. Não se trata de escolha, mas sim de método e cálculo ou, em última análise, de um dever de adequação. Sendo assim, a discricionariedade não pode ser tecnicamente confundida com o arbítrio. Trata-se, no máximo, de uma liberdade meramente aparente, não sendo permitido ao agente público escolher, baseado em seu livre querer, a solução que mais conveniente ou

²⁵⁴ DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.128.

²⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.121.

²⁵⁶ CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.16.

oportuna lhe pareça. A conveniência e a oportunidade são da sociedade e não do agente público.

Em um ambiente de constante mutação fático-valorativa, quanto mais distante estiver o momento de concreção da norma em relação ao momento de sua produção, maior será logicamente a possibilidade de uma aplicação divorciada da solução mais adequada e correta. A busca pela Administração Pública em prol da otimização de resultados é que leva, em determinados momentos, a que a solução seja preestabelecida pela lei com traços mais nítidos e, noutros, a que seja fixada *a posteriori*, assegurando uma interação mais rica com a realidade fática futura. A discricionariedade não se reflete ontologicamente, portanto, em nenhuma margem de escolha em favor do administrador²⁵⁷. Ainda para o mesmo autor, “a discricionariedade é o manto preferencial no qual a arbitrariedade busca abrigo. Quanto mais se puder elastecer a idéia de discricionário, mais se protegerá o arbítrio”²⁵⁸.

Considerando as transformações decorrentes do pós-positivismo jurídico se torna certo que a própria noção originária da extensão e dos limites do exercício do poder discricionário passou a carecer de necessária e urgente atualização. A emergência da juridicidade administrativa, tal como anota Gustavo Binjenbojm, proporciona a vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, motivo pelo qual se afasta a dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, se tratando agora de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Logo, a discricionariedade deixa de corresponder a um campo de liberdade decisória externa ao Direito, imune ao controle jurisdicional. Pelo contrário, tal sindicabilidade será proporcional a um maior ou menor grau de vinculação à juridicidade, o que não atende a uma lógica meramente normativa, mas também a uma dinâmica distributiva funcionalmente adequada de tarefas e responsabilidades entre a Administração Pública e o Poder Judiciário²⁵⁹. A discricionariedade administrativa “deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição”²⁶⁰.

É que o mérito administrativo no ato discricionário passa a se vincular aos princípios constitucionais, substituindo a clássica dicotomia dos atos entre vinculado e discricionário pela classificação de graus de vinculação à juridicidade, em escala decrescente

²⁵⁷ CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f., p.23.

²⁵⁸ *Ibidem*, p.30.

²⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.39-40.

²⁶⁰ *Ibidem*, p.71.

de densidade normativa vinculativa. A teoria do desvio de poder não importa em controle do mérito, mas um estreitamento de seu âmbito, uma diminuição do espaço de escolha do administrador, o mesmo se dando com a verificação do atendimento da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Não há conveniência e oportunidade fora deste limites²⁶¹. Nas palavras sintéticas de Thomas da Rosa de Bustamante, “onde havia discricionariedade passa a haver justificação racional de soluções para problemas jurídicos”²⁶².

De acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, a discricionariedade nos moldes atuais, ao invés de vedar, antes exige que haja controle sobre o desempenho no qual ela se mostre. Não apenas recrudescer o espaço da discricionariedade, como se afirmou e se ampliou o direito do cidadão de exercer o controle, pois “o que predomina hoje na concepção de discricionariedade é que o administrador público está sempre sujeito ao Direito, e o Direito jamais está sujeito ao administrador público, nem mesmo quando este atua discricionariamente”²⁶³.

Ao se redesenhar a vinculação à legalidade, para uma relação mais abrangente e de imprescindível conformidade com o conjunto sistemático do ordenamento jurídico, é evidente que o espaço de liberdade para atuação discricionária na esfera tipicamente administrativa tendeu naturalmente a diminuir. Mesmo diante d

a previsão legal do poder discricionário, o agente público se encontra vinculado à concretização do arcabouço de princípios decorrentes do sistema jurídico. A rigor, mostra-se superado o clássico antagonismo entre conduta vinculada e conduta discricionária, passando a somente se tratar de graus distintos de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

O princípio da eficiência administrativa se apresenta, portanto, como critério de sindicabilidade deste novo perfil de poder discricionário. Trata-se de avaliar, no exame da conveniência e da oportunidade em favor da sociedade, se o agente público potencializou, na maior medida possível, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atenda ao interesse público, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto e considerando a coerência da atuação da Administração Pública.

Estabelecido o papel do princípio da eficiência administrativa como vetor de sindicabilidade da concepção pós-positivista de atos discricionários ou de baixo grau de vinculação à legalidade, resta abordar o controle possível dos atos vinculados propriamente

²⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.209-210.

²⁶² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p.176.

²⁶³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.119-120.

ditos.

Há quem entenda em sede doutrinária que a eficiência administrativa jamais poderá sobrepor à legalidade, o que rechaçaria a possibilidade do potencial de sindicabilidade daquela em relação às condutas estritamente vinculadas. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, disserta que, no Brasil, o princípio da eficiência não pode ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”²⁶⁴. Paulo Modesto, em sentido similar, destaca que “o princípio da eficiência compõe uma das faces materiais do princípio da legalidade da administração pública, destacado pela Constituição por razões pragmáticas e políticas”²⁶⁵.

Observe-se, no entanto, que o denominado “princípio da legalidade” não admite, por si só, nenhuma contemporização em sua interpretação ou aplicação. A conduta concreta apenas pode se mostrar binariamente: como legal, porque consoante a regra que a autorize; ou como ilegal, em caso contrário. Não existem assim, de outra forma, graus distintos de ajustamento à legalidade, circunstância esta que afronta a própria concepção de princípio aqui adotada, como mandamento de otimização caracterizado pela possibilidade de satisfação em graus variados.

Por outro lado, a simples denominação expressa de “princípio” no seio de um enunciado normativo não tem o poder de transformar uma regra em princípio. Em verdade, a previsão literal de um princípio atende bem mais à cultura legalista clássica, que apenas reconhece efeitos jurídicos ao quanto expresso literalmente por intermédio de um enunciado normativo. Se todo princípio é uma decorrência do sistema de normas, pela redução sucessiva e retroativa de juízos prescritivos²⁶⁶, a simples circunstância da ausência de consignação expressa assume ares de um irrelevante jurídico, na medida em que não afeta a existência ou não do princípio, nem tampouco influi no seu potencial de gerar efeitos. E o inverso também é verdadeiro.

²⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.125.

²⁶⁵ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista eletrônica de direito administrativo econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2010, p.6.

²⁶⁶ Para Miguel Reale, proposição é a expressão verbal de um juízo, vale dizer, expressão de uma ligação lógica de um predicado a algo, em relação de atributividade necessária e com pretensão de verdade. A ciência implica na coerência entre juízos que se enunciam em seu seio. Como todo juízo envolve uma pergunta sobre sua validade ou seu fundamento original, há sempre a possibilidade de redução a outro juízo mais simples e assim, em princípio, sucessivamente. Quando o pensamento opera essa redução certificadora até serem atingidos juízos iniciais que não possam mais ser reduzidos a outros, são encontrados os princípios da ciência. *Conferere REALE, Miguel. Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.59-60.

A vinculação à legalidade, portanto, é norma jurídica da espécie *regra*, pautando a conduta da Administração Pública e do agente público à observância das estritas autorizações legais para atuação. Trata-se de uma regra instrumental que visa a concretizar o princípio que lhe é subjacente, o da segurança jurídica. Enquanto regra, a vinculação à legalidade pode ser harmonizada com o princípio da eficiência administrativa, especialmente no ambiente do pós-positivismo jurídico em que há predominância da técnica jurídica de inserir normas de textura aberta no ordenamento jurídico, como forma de torná-lo mais maleável às transformações da sociedade, resguardando o valor da correção do Direito.

Se o princípio da eficiência, enquanto mandamento de otimização que é, vetoriza a interpretação do Direito em sua direção e sentido, cabe ao intérprete preencher as normas de caráter aberto que direcionam o atuar administrativo conferindo-lhe eficiência na maior medida possível. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão, o princípio da eficiência visa a “embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata”²⁶⁷.

Onofre Alves Batista Júnior não chega a propor que a Administração Pública se desvincule dos rigores da lei, mas que a atividade administrativa esteja sujeita às regras e aos princípios, em especial por uma compreensão funcional e não meramente formal, dentro do enfoque de uma normatização administrativa que sopesse legalidade e eficiência. Assim é que, na colisão entre estes dois interesses e não havendo sacrifício desproporcional ao primeiro, não deve ser anulado o ato eficiente apenas diante do propósito de se cumprir um procedimento²⁶⁸. É que, conforme Egon Bockmann Moreira, as mutações sofridas pelo direito público permitem a flexibilização do modelo clássico de desigualdade, hierarquia e exclusão recíproca do relacionamento das pessoas privadas com o Estado, autorizando assim novas leituras da legalidade²⁶⁹.

Como destaca Gustavo Binenbojm, redesenhando a vinculação à legalidade no novo paradigma, a faceta mais importante da constitucionalização do direito administrativo diz respeito à vinculação da Administração Pública aos princípios constitucionais, enquanto núcleos de condensação de valores, o que afasta o seu caráter autoritário e a torna democrática

²⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.378.

²⁶⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 284-286.

²⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.55.

e comprometida com os direitos humanos. Dessa forma, a atividade administrativa obedece: a) à lei, quando for esta constitucional (*secundum legem*); b) diretamente à constituição, independentemente ou além da lei (*praeter legem*); ou c) diretamente à constituição, mesmo que contra a lei (*contra legem*). Os princípios e regras constitucionais densificam o ambiente decisório do administrador, ao tempo que em que amenizam o risco da normatização burocrática²⁷⁰.

Pode ocorrer da conduta do administrador público não depender de uma norma de textura aberta, mas de um enunciado fechado por conceitos perfeitamente determinados, não havendo assim margem nenhuma ao ajustamento de seu conteúdo ao princípio da eficiência administrativa. E, nessa hipótese, também pode acontecer da conduta estritamente regulada por esta norma fechada se mostrar manifestamente ineficiente, apresentando, portanto, uma autêntica colisão entre os princípios da segurança jurídica e da eficiência administrativa, ambos de foro constitucional.

Encontrando-se os valores abstratos no mesmo nível, na medida em que ambos alicerçam igualmente os alicerces fundamentais da atuação do próprio Estado Democrático de Direito, a questão deve ser resolvida pelo estabelecimento de uma relação de precedência condicionada, na qual a solução do conflito espelhe necessariamente o sopesamento dos interesses em choque, de modo a definir qual apresente um peso maior conforme as circunstâncias do caso concreto.

O agir estatal eficiente vai além dos enunciados normativos, justamente porque se configura como uma manifestação do próprio Estado Democrático de Direito, regido pelas diretrizes de proporcionalidade que impõem sempre equilíbrio numa relação de custo e benefício. Esta mesma eficiência sempre deve ser reconhecida como inerente a qualquer norma jurídica emanada deste Estado de Direito, seja a geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo, seja a individual e concreta decorrente da atuação da Administração Pública²⁷¹.

Não se trata aqui – é importante frisar, para impedir um raciocínio reducionista – do afastamento arbitrário da regra de vinculação do administrador público à legalidade, mas sim de uma atividade complexa de ponderação diante de manifesta ineficiência administrativa que *poderá*, conforme as circunstâncias do caso concreto, conduzir excepcionalmente a este resultado. Nos moldes pós-positivistas do Direito, a concretização da segurança jurídica

²⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.37-38.

²⁷¹ LUDWIG, Guilherme Guimarães. Legalidade e Eficiência a Administração Pública. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, Escola Judicial, ano 3, n.5, dezembro, 2014. Disponível em: <<http://escolajudicial.trt5.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.91.

reclama, não mais uma vinculação estrita aos termos da lei, mas sim a princípios constitucionais e consensos de argumentação entre os aplicadores do Direito. Para Egon Bockmann Moreira, passa a ser exigida a compreensão do todo do ordenamento jurídico, bem como a inserção harmônica da conduta em questão nesse universo normativo, em seu contexto socioeconômico²⁷².

Neste processo interpretativo, não é somente necessário apreciar o sentido e o alcance do princípio da segurança jurídica no caso concreto. Ao revés, entendendo que, por definição, não existem princípios absolutos, de modo a desconstituir a relação condicionada de precedência como solução do conflito entre princípios, deve ser também cotejada a importância de direcionar a Administração Pública a potencializar, na melhor medida possível, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

O princípio da segurança jurídica rejeita a frustração das expectativas da sociedade, tanto em relação ao cumprimento dos comportamentos regrados, quanto na atuação do Estado de forma eficiente em prol de resultados úteis. Logo, a certeza do cidadão quanto a uma resposta eficiente do aparato estatal também é materialização da segurança no Direito, em sua conexão com o princípio da confiança na Administração. Não há falar rigorosamente em nenhuma espécie de dicotomia entre os princípios da eficiência administrativa e da segurança jurídica, mostrando-se perfeitamente cabível a eleição daquele primeiro como autêntico fator de sindicabilidade das condutas estritamente vinculadas.

Logo, o princípio da eficiência administrativa deve ser aplicado como um critério de sindicabilidade de quaisquer condutas na Administração Pública, atuações aqui verdadeiramente compreendidas apenas em graus distintos de vinculação à juridicidade, considerando a supremacia dos princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito.

²⁷² MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.57-58.

4 SISTEMA DE PRECEDENTES COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NO PROCESSO NA CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A insuficiência do positivismo jurídico do Estado liberal e o novo constitucionalismo trazido com o século XX promoveram o redimensionamento e a mitigação do papel da vinculação à legalidade nos sistemas jurídicos componentes da tradição romano-germânica. Entre vários fatores condutores deste câmbio, apontou-se especialmente o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais e, em paralelo, a ampla adoção da técnica legislativa de recurso aos conceitos abertos.

Ao Direito passaram a ser reconhecidos os influxos diretos da matriz constitucional e dos direitos fundamentais, normas de conteúdo a ser densificado pelo intérprete no caso concreto. Cedeu-se espaço ao princípio mais amplo da juridicidade, sendo superadas assim a lógica e a premissa do Direito enquadrado como um sistema jurídico fechado à vontade do Legislador, mudança radical que representou uma aproximação da tradição romano-germânica em relação à *common law*. O princípio da segurança jurídica dividiu espaço com o imperativo de correção da norma.

No horizonte específico da Administração Pública, esta mitigação da vinculação à legalidade foi verificada em um cenário de substituição do Estado individualista pelo Estado social do século XX e principalmente diante das novas questões decorrentes desta mesma transição. Observou-se então a necessidade de aproximação dos espaços público e privado: de um lado, a publicização de relações, institutos e conceitos do direito privado; de outro, a privatização de aspectos e de setores do ambiente público.

Em tal configuração, o princípio da eficiência, oriundo da iniciativa privada, tornou-se um vetor de interpretação da norma para o Estado em geral, em sentido de pautar sua conduta em uma gestão de resultados em prol da concretização dos direitos fundamentais, sem desconsiderar e exatamente por considerar a necessidade de intervenção estatal. Ademais, passou ainda a preencher o conteúdo das normas de baixa densidade e a servir de instrumento de sindicabilidade de atos discricionários e vinculados, garantindo a segurança jurídica pela observância dos comportamentos esperados do Estado diante da confiança depositada pelo cidadão.

O processo judicial, na qualidade de instrumento do Estado para pacificação dos conflitos trazidos à apreciação do juiz, não se mostrou imune a estas transformações estruturais do Direito. Foi chamado a responder às questões delas decorrentes, que, por seu turno, geraram ainda demandas próprias e específicas do aparato jurisdicional, especialmente

no que diz respeito à plena garantia de acesso à Justiça. O cidadão jurisdicionado na atualidade não encontra amparo tempestivo no instrumental disponibilizado pelo positivismo na tradição romano-germânica, que já não transmite segurança jurídica ou tampouco isonomia de tratamento. Aponta-se, portanto, uma situação de crise do Poder Judiciário a ser enfrentada.

4.1 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A crise que afeta o Poder Judiciário está relacionada a uma crise de acesso à Justiça, em razão da qual o cidadão não recebe do aparato estatal uma resposta adequada. Em outros termos, não obtém uma prestação jurisdicional tempestiva a garantir segurança jurídica e isonomia de tratamento, dentro de um processo justo. O déficit desses valores fundamentais na aplicação do Direito, no entanto, não é observada como de responsabilidade exclusiva do Poder Judiciário, mas também do próprio Estado no exercício de suas demais funções.

Conforme Francisco Rosito acentua, o incremento de ações judiciais também é reflexo da atuação do Poder Legislativo que, ao invés de personificar o legislador racional, torna-se o responsável por expressivo número de leis e de suas alterações, muitas delas em violação a direitos e garantias fundamentais ou em linguagem prolixa e equívoca. O Poder Executivo, de igual modo, atua em desacordo com deveres constitucionais, abusa da excepcional prerrogativa legislativa e resiste injustificadamente a orientações e decisões judiciais, gerando mais congestionamento nos órgãos jurisdicionais²⁷³.

Por outro lado, a sociedade contemporânea se caracteriza por fenômenos de urbanização, industrialização e globalização, numa organização econômica com produção, distribuição e consumo de massa, ultrapassando o simples setor econômico para se refletir nas relações, nos comportamentos e nos conflitos sociais e gerando violação de direitos em idêntica proporção. Com a democratização, direitos assegurados passaram a ser exigidos, além dos decorrentes da multiplicação de conflitos resultantes do aquecimento da economia e da expansão do crédito, circunstâncias estas que, em seu conjunto, acabaram por acarretar um aumento significativo de demandas judiciais²⁷⁴.

Pierpaolo Cruz Bottini chama atenção para a circunstância de que o excesso de

²⁷³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.53-55.

²⁷⁴ *Ibidem*, p.56-57.

demandas judiciais também decorre da utilização indevida do Poder Judiciário por poucos atores, dentre os quais o próprio Poder Público, as concessionárias prestadoras de serviço e as instituições financeiras²⁷⁵. Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, estes atores são os que Galanter classifica como *litigantes habituais*, ou seja, as partes encontradas com frequência no sistema judicial, que possuem, em seu favor, as seguintes vantagens de sucesso na lide:

- a) Maior experiência com o Direito, o que permite melhor planejamento do litígio.
- b) Economia de escala, considerando a extensão do número de casos.
- c) Maior oportunidade de desenvolvimento de relações informais com os juízes.
- d) Diluição dos riscos da demanda por um maior número de casos.
- e) Possibilidade de teste de estratégias com determinados casos, de modo a garantir a expectativa mais favorável em relação a casos futuros²⁷⁶.

Consoante Rodolfo de Camargo Mancuso, a judicialização de pendências e a permanência *sub judice* pelo maior tempo possível são frequentemente cômodas e interessantes para o litigante habitual, pois os dispensa de investir em recursos humanos e materiais na organização de serviços de atendimento que poderiam sanear os problemas antes ou após a instauração do litígio. Na lógica da economia de escala, o custo do acompanhamento dos processos é inferior ao ganho com o repasse do encargo de gerenciar pendências ao Estado-juiz²⁷⁷.

Há, portanto, um espectro amplo de causas passíveis de catalogação para explicar o fenômeno do excesso de demandas no mundo contemporâneo e que se traduz na crise de acesso à Justiça. A complexidade e as inúmeras variáveis da dinâmica social acarretam dificuldade ou mesmo impossibilidade de prognósticos precisos de todos os reflexos colaterais possíveis, especialmente aqui considerados os que reverberam na litigiosidade crescente.

O referido autor destaca ainda que, neste quadro, o processo, em seu caráter instrumental, termina por se configurar como “caixa de ressonância das ocorrências ao interno da coletividade, das novas necessidades e das premências que se vão apresentando em modo crescente numa sociedade massificada, tendencialmente conflituosa e comprimida num

²⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A justiça do trabalho e a reforma do judiciário. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007, p. 102.

²⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.25.

²⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.170.

mundo globalizado”²⁷⁸. Ao assumir os conflitos instaurados, não foi direcionada ao Estado-juiz uma preocupação com a boa gestão do gigantesco volume de processos que isso acarretaria, tampouco foi efetuado um controle da efetividade da prestação jurisdicional. Deixaram de ser fomentadas as condições concretas para uma resposta jurisdicional justa, tecnicamente consistente e fundamentada, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível²⁷⁹.

Se os efeitos da produção normativa nem sempre se limitam àqueles pretendidos pelo legislador e pela própria sociedade, a situação não foi distinta em relação ao tratamento do direito de acesso à Justiça após a redemocratização que a sociedade brasileira experimentou com a Constituição Federal de 1988, com inúmeras promessas de direitos e liberdades a realizar. É compreensível, portanto, a razão do resgate da cidadania passar necessariamente por um chamado a esse acesso, porque representativo da garantia de plena eficácia do rol de direitos fundamentais outrora negados.

Na quadra atual brasileira, a concretização da norma fundamental de direito de acesso à Justiça, reclama deste modo uma releitura em consonância com as transformações havidas no Estado, em sua evolução histórica pautada pela superação da rígida separação entre direito público e direito privado.

4.1.1 Requalificação do princípio constitucional de acesso à Justiça com enfoque em um Estado eficiente

A consolidação do Estado Democrático de Direito apresenta como condição necessária o acesso à Justiça, enquanto direito fundamental que garante os demais direitos fundamentais. De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando ausentes mecanismos de efetiva reivindicação, não resta nenhum sentido à titularidade de direito, razão pela qual o direito de acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido entre os novos direitos individuais e sociais. Para eles, “o acesso à Justiça pode, [...], ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁸⁰.

Boaventura de Sousa Santos, a seu turno, adverte que, se destituídos de meios que

²⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.171.

²⁷⁹ *Idem*. *A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.51-52.

²⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.11-12.

efetivamente fizessem impor respeito, os novos direitos sociais e econômicos nada teriam além de valor meramente retórico. A tramitação processual não pode ser reduzida à sua dimensão técnica e socialmente neutra, tal como concebidas ordinariamente pela teoria processualista clássica²⁸¹. Não há como, portanto, apenas garantir formalmente – seja em caráter expresso, seja em caráter implícito – um rol de direitos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, se não há instrumentos que assegurem a efetivação destas normas jurídicas.

Ainda na mesma linha, Alessandra Facchi acentua que, sob uma perspectiva não simplesmente formal, é necessária uma distinção entre ser declarado titular de um direito e ter acesso efetivo a este direito. Não é suficiente declarar ou mesmo prever uma norma para sua atuação se esta não se encontra adequada às condições reais do indivíduo titular. Ao revés, é necessário prover ao cidadão as condições de concretamente conseguir reclamar seu direito em juízo²⁸². Na metáfora de Wilson Alves de Souza, se é indispensável a “porta de entrada dos tribunais”, igualmente necessário se mostra a “porta de saída”, aduzindo não adiantar garantir o direito de manifestar a postulação perante o Estado-juiz, sem assegurar, por outra parte, um processo provido de garantias processuais²⁸³.

Este acesso à Justiça não se confunde apenas com o puro e simples ingresso em juízo. Para Cândido Rangel Dinamarco, mais que isso, ele implica no acesso a uma *ordem jurídica justa*, sendo necessário que as pretensões apresentadas perante o Poder Judiciário cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar a tramitação do processo²⁸⁴. A postura de realçar o direito de ação sem preocupação com os objetivos concretos a realizar encontra-se superada pela noção de um *processo de resultados*, com enfoque claro em suas utilidade e legitimidade sociais. A preferência gira agora em torno de discutir a própria tutela jurisdicional em si, como representação das projeções metaprocessuais das atividades realizadas no processo vocacionadas sempre a uma utilidade²⁸⁵.

Para além de uma formalização que preenche etapas para realização dos atos e procedimentos, o processo há de revelar a sua capacidade de, diante das circunstâncias do conflito de interesses juridicamente qualificados em concreto, conseguir efetivar a tutela do

²⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12.ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.167-168.

²⁸² FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p.125.

²⁸³ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p.25-26.

²⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p.206.

²⁸⁵ *Ibidem*, p.198-199.

Estado.

Dessa forma, o que contemporaneamente se entende por acesso à Justiça transcende em muito a simples facilidade para o ajuizamento, se espraiando ao longo de toda a relação processual até a plena efetivação da entrega da tutela jurisdicional, pacificando a sociedade e realizando a justiça. Segundo Kazuo Watanabe, “o direito de acesso à Justiça é, [...], direito de acesso a uma Justiça adequadamente organizada e o acesso a ela deve ser assegurado pelos instrumentos processuais aptos à efetiva realização de direito”²⁸⁶. Em outras palavras, é a aptidão desses instrumentos, em seu conjunto, configurados como a técnica mais idônea, que permite a efetivação de direitos na ótica de um processo que almeja resultados úteis ao corpo social.

Uma melhor definição das relações entre Estado e cidadão, bem quanto aos particulares entre si, é também garantida pelo direito de acesso à Justiça, conforme José Joaquim Gomes Canotilho. Presta-se tanto a assegurar a defesa de direitos segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado, quanto para impor ao Poder Legislativo que confira operacionalidade prática à defesa destes direitos²⁸⁷. Este direcionamento do legislador à normatização de regras que garantam o pleno acesso à Justiça em sua visão instrumental pode ser reconhecido como um efeito da concretização do princípio da eficiência na produção da norma geral e abstrata.

Para Sergio Torres Teixeira, o processo tem modernamente por escopo magno a função de promover a paz na sociedade afetada pelo conflito, resolvendo-o à luz de critérios de justiça. Corresponde assim a um instrumento de acesso à Justiça, para assegurar a efetividade das normas na comunidade, “concretizando coercitivamente o direito abstrato mediante a intervenção provocada do Estado e instruindo a todos acerca da conduta correta a ser observada no meio social”²⁸⁸.

Por outro lado, se o processo é o instrumento do qual se serve o Poder Judiciário para promover a pacificação, no entender de José Roberto dos Santos Bedaque, é fundamental que este atue segundo a técnica adequada e apta a permitir que tal fim seja atingido,

²⁸⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p.134.

²⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.275.

²⁸⁸ TEIXEIRA, Sergio Torres. Instrumentalidade do modelo processual trabalhista e efetividade da tutela jurisdicional reintegratória: concretização do direito de acesso à justiça e a reintegração no emprego. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n.52, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em 01 mai. 2016.

garantindo-se o processo justo²⁸⁹. O processo tem natureza pública, pois visa a preservar o interesse público. É importante encontrar os meios idôneos a possibilitar que a relação processual se desenvolva da forma mais adequada possível, tendo em vista a obtenção rápida, segura e efetiva do resultado²⁹⁰. Tal imperativo de adequação de técnica e meios disponíveis no processo para o alcance do pleno acesso à Justiça pode também ser percebido como um desdobramento necessário do princípio da eficiência, que direciona a Administração Pública justamente a potencializar, na melhor medida possível, os meios idôneos a obter a solução ótima à consecução do interesse público e a concretização de direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Andrea Proto Pisani afirma que, para que seja assegurada a tutela jurisdicional, não é suficiente a disciplina, em sede processual, de um determinado procedimento qualquer, mas sim que o cidadão possa utilizar um procedimento estruturado e adequado que lhe permita o acesso à tutela efetiva e não meramente formal ao seu direito. A predisposição deste procedimento dependerá da existência e do modo de existência do direito substancial, razão pela qual a instrumentalidade do processo não significa a neutralidade deste em relação àquele²⁹¹.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “não há eficiência tardia. Não há justiça no atraso da prestação pleiteada. [...] Há que se buscar, pois, a eficiência da prestação jurisdicional, a fim de que tenha assegurado o direito constitucionalmente estabelecido e havido como ‘inviolabilidade’”²⁹². É um valor ao qual é dirigida toda atividade pública, aqui entendida como necessariamente racional-instrumental e voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas. O princípio da eficiência pode ser reputado, dessa maneira, como diretriz primordial a orientar os mecanismos processuais à concretização do acesso à Justiça enquanto direito fundamental e finalidade precípua da atuação do Poder Judiciário. É assim que este Poder obedece ao princípio da eficiência administrativa em favor do jurisdicionado, enquanto cidadão administrado.

Urge pontuar que a discussão em torno do direito de acesso à Justiça encontra-se precisamente situada na emergência da pós-modernidade, na qual reside o pós-positivismo jurídico. A nova concepção tem gerado profundas transformações na sociedade contemporânea, resvalando efeitos sobre o fenômeno jurídico e inclusive sobre as relações entre processo, eficiência, efetividade e justiça social. De índole liberal e individualista, o

²⁸⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.26.

²⁹⁰ *Ibidem*, p.34.

²⁹¹ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Nápoles: Jovene, 2002, p.6.

²⁹² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 106.

padrão processual da modernidade começou a declinar quando foram observados obstáculos iniciais ao acesso efetivo à Justiça nas ordens econômica, social e cultural.

Conforme Boaventura de Sousa Santos, em termos econômicos foi constatado que, embora a justiça fosse dispendiosa para os cidadãos em geral, era proporcionalmente mais cara para aqueles economicamente mais débeis, justamente os interessados nas ações de menor valor financeiro, o que configuraria o fenômeno da dupla vitimização das classes populares diante da administração da Justiça. Verificou-se ainda ser essa vitimização verdadeiramente tripla, na medida em que um dos outros obstáculos investigados, qual seja, a lentidão dos processos, poderia ser facilmente convertido em mais um custo econômico, proporcionalmente mais gravoso para os cidadãos de menos recursos²⁹³.

Em termos sociais e culturais, destaca que os cidadãos de menor padrão aquisitivo tendem a não conhecer de forma adequada os seus direitos, apresentando assim mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo de ordem jurídica, podendo conseqüentemente ignorar, tanto os direitos em jogo, quanto as possibilidades de reparação. Por outro lado, mesmo reconhecendo o problema como a violação de um direito, ainda seria imprescindível que se dispusesse a ajuizar a ação. A realidade mostra, todavia, que, pelo contrário, os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os demais em recorrer aos tribunais²⁹⁴.

O esforço em prol do enfrentamento destes obstáculos conduziu a um novo enfoque de abordagem do processo. José Roberto Freire Pimenta destaca que, com a superação do conceitualismo positivista pelo instrumentalismo substancial, a começar da segunda metade do século XX, bem assim com a colocação da luta pela universalização da tutela jurisdicional e pela ampliação do acesso à Justiça no centro das preocupações dogmáticas e metodológicas do processo civil, foram buscadas novas e mais adequadas soluções para a baixa efetividade da prestação jurisdicional, preordenando novos institutos e procedimentos capazes de atender às novas necessidades das modernas e democráticas sociedades de massa pós-industriais²⁹⁵.

Quanto às transformações operadas especialmente na esfera do direito processual, Ricardo Maurício Freire Soares reconhece cinco características que informam o fenômeno jurídico:

²⁹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12.ed. São Paulo: Cortez, 2008, p.168.

²⁹⁴ *Ibidem*, p.170.

²⁹⁵ PIMENTA, José Roberto Freire. A tutela metaindividual trabalhista: uma exigência constitucional. *Revista trabalhista direito e processo*, ano 7, n.28, Brasília: Anamatra; Rio de Janeiro: Forense, out./dez. 2008, p.38.

a) *Pluralidade*, deixando o processo de se restringir somente aos conflitos de índole individual, para alcançar também e especialmente aqueles de natureza coletiva.

b) *Reflexividade*, diante da abertura do campo do sistema jurídico aos novos valores e fatos sociais, quedando a clássica dicotomia entre direito material e direito processual.

c) *Prospectividade*, pela progressiva utilização de cláusulas gerais e princípios constitucionais, estruturas estas mais flexíveis e propensas a acompanhar a evolução histórico-social dos direitos fundamentais.

d) *Discursividade*, em face da valorização da natureza retórica do processo, na qual se situa a crescente importância dos consensos de argumentação da comunidade jurídica e da própria sociedade.

e) *Relatividade*, pela aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas, rejeitando-se a suposição de uma postura de neutralidade²⁹⁶.

Não é possível, portanto, dentro deste complexo paradigma, compreender e interpretar o direito de acesso à Justiça simplesmente com a perspectiva do fenômeno jurídico na modernidade, olvidando-se de atual perfil plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo do novo direito processual, com clara finalidade instrumental e utilitarista porque tendente a potencializar os mecanismos processuais que permitam eficientemente alcançar soluções para o problema da baixa efetividade da prestação jurisdicional²⁹⁷. De acordo com Adriana Goulart de Sena Orsini e Luiza Berlini Dornas Ribeiro, diante da ampliação do acesso à Justiça em razão das novas possibilidades de demandas, passa a ser exigido que o Poder Judiciário esteja preparado a uma resposta com presteza, “sob pena de não cumprir o preceito máximo de acesso a uma ordem justa e de não atender aos anseios democráticos de equilíbrio e de atuação adequada por todos os poderes da República”²⁹⁸.

A eficiência administrativa aplicada ao Poder Judiciário em todas as suas funções pode ser reconhecida então como pressuposto desta instrumentalidade e desta nova racionalidade, ambas direcionadas ao atendimento do jurisdicionado na justa proporção de sua demanda. Noutras palavras, garante o direito de acesso à Justiça e, em última análise, a própria concretização dos direitos fundamentais.

²⁹⁶ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.191-193.

²⁹⁷ LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Processo trabalhista eficiente*. São Paulo: LTr, 2012, p.127.

²⁹⁸ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012, p.26.

O objetivo deste atuar eficiente do Poder Judiciário é o acesso à Justiça, que sintetiza as garantias constitucionais do processo. Em sede constitucional brasileira, a garantia a ter acesso à Justiça se configura, na expressão de Cândido Rangel Dinamarco, como a *promessa-síntese* das demais promessas instrumentais relativas às garantias processuais, sendo certo que toda a tutela constitucional do processo converge para o aprimoramento do sistema processual como meio idôneo a oferecer decisões justas e efetivas a quem delas necessite²⁹⁹. É um norte para o qual o Poder Judiciário eficiente direciona a sua argumentação no campo de suas próprias decisões diante das possibilidades jurídicas e fáticas em cada caso concreto, a partir da segurança jurídica e da isonomia de tratamento.

A qualificação como “síntese” importa em dizer que ter acesso à Justiça é possuir necessariamente direito: a não ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, à inadmissibilidade da prova ilícita, à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, à publicidade dos atos processuais, à fundamentação das decisões, entre outras garantias constitucionais de índole processual. Cada uma dessas garantias processuais complementares, por si só, é condição necessária, embora não absoluta ou suficiente, à consecução do efetivo acesso à Justiça, na medida em que este apenas se configura com a *síntese harmônica* de todas elas.

Sob o enfoque aqui defendido, concretizar o direito fundamental ao acesso à Justiça é assim o resultado também do equilíbrio ponderado de todas as garantias processuais de foro constitucional, interpretadas e parametrizadas necessariamente em cotejo com o princípio da eficiência administrativa aplicada ao Poder Judiciário. O conjunto das garantias processuais deve ser pensado de forma instrumental, portanto, como meio em direção a um processo de efetivos resultados.

Neste ponto é fundamental enfatizar que o acesso à Justiça, enquanto uma garantia manifestamente instrumental, não será um fim em si mesmo ou tampouco um resultado a ser alcançado independente pela simples necessidade de se perpassar um iter procedimental. Em visão marcadamente instrumental, Cândido Rangel Dinamarco defende o abandono da visão puramente jurídica do processo, chamando a atenção para os escopos sociais de pacificação com justiça e educação da sociedade, bem assim ao propósito político de estabilidade das

²⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p.200.

instituições estatais e participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado³⁰⁰.

Por outro lado, também não pode ser esquecido que o exercício da função jurisdicional *não é* o caminho natural para a resolução dos conflitos, mas sempre uma atividade de *substituição*: o Poder Judiciário substitui, por intermédio de uma atividade pública sua, a atividade das partes envolvidas no conflito³⁰¹, assente no pressuposto lógico de que estas não consigam no caso concreto resolver a pendência pelo mero ajuste de vontades. Não é por outro motivo que a doutrina identifica o interesse de agir em juízo no binômio “*adequação e necessidade*”. Segundo Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a necessidade da tutela jurisdicional tem fundamento justamente quando da impossibilidade de satisfação do alegado direito sem a intervenção do Estado³⁰².

O direito fundamental de acesso à Justiça, portanto e na condição de promessa-síntese das demais garantias processuais de foro constitucional, não é um fim em si mesmo e se encontra intrinsecamente limitado pelo próprio caráter da jurisdição, na medida em que substituta da atividade das partes envolvidas no conflito. A noção de eficiência administrativa, que se vincula diretamente a uma racionalização de métodos e procedimentos destinados à otimização de resultados, não prescinde da consciência acerca destas notas de instrumentalidade e substitutividade, que deve permear todo o procedimento argumentativo.

Garantir acesso à Justiça demanda assim que a atuação finalística do Poder Judiciário esteja pautada por padrões de funcionalidade, que, por seu turno, emanam diretamente do princípio constitucional da eficiência administrativa. Ao tratar das modificações operadas por um novo cânone de eficiência para o setor público, Diogo de Figueiredo Moreira Neto indica que essas mudanças não poderiam deixar de gerar reflexos sobre o executor da função jurisdicional. Se a Administração Pública é chamada a reduzir os conflitos na atuação vestibular de solução de controvérsias, não mais apenas no estrito controle da legalidade, mas agora pelos controles ampliados da legitimidade e da licitude, a tendência é a de descongestionamento do Poder Judiciário, com um consequente ganho de eficiência judicante dos juízos e tribunais³⁰³.

Quando bem analisadas é perfeitamente sustentável que as razões e a própria

³⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p.187-207.

³⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, p.511-512

³⁰² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do direito*. 31.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p.296-297.

³⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.119-120.

finalidade de eficiência tendam a nortear qualquer exercício das atividades de quaisquer dos Poderes da República. Observe-se, por exemplo, que também o Poder Legislativo se encontra igualmente vinculado ao princípio constitucional da eficiência administrativa no exercício de sua atividade típica de legislar. Assim é que o produto final de sua atividade (a legislação) pode ser judicialmente reconhecido como materialmente inconstitucional por acarretar a ineficiência do Estado em qualquer uma de suas funcionalidades. A questão é que a clássica divisão de poderes oriunda do Estado moderno ofuscou, em certa medida, que o Poder Judiciário, no exercício completo de todas as suas atividades – ou seja, não apenas daquelas tipicamente administrativas, mas também e principalmente no que tangencia às precípuas e finalísticas – integra efetivamente a Administração Pública.

Logo, considerando a força normativa do princípio da eficiência administrativa inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, é possível concluir pela existência de um dever do Poder Judiciário, perante os seus administrados (os jurisdicionados) no que tange à atividade-fim de apresentar uma gestão de resultados efetivos em termos de acesso à Justiça, para a concretização de direitos fundamentais. O alcance de tais resultados, por seu turno, é diretamente fomentado pela observância da eficiência na própria prestação jurisdicional, nos argumentos de fundamentação das decisões.

Esta perspectiva de aplicação adequa-se, como já houve oportunidade de se afirmar, ao fenômeno do *neoprocessoalismo*, em que a Constituição é pensada na perspectiva de garantia do Estado Democrático de Direito: protegendo o cidadão contra os excessos da Administração Pública no campo endoprocessual. Desta maneira, a eficiência no processo não entra em colisão com a circunstância de que, no ambiente interno ao processo, o Poder Judiciário deva atuar na salvaguarda das garantias do justo processo³⁰⁴.

Ademais, as relações administrativas intrínsecas ao Poder Judiciário, na gestão de recursos financeiros, humanos e físicos, são objeto de fiscalização e apuração por órgãos de controle de âmbitos interno e externo. Quanto a este último, tal ocorre tanto em nível administrativo, pela atuação dos Tribunais de Contas, quanto no ambiente judicial, quando provocado o Poder Judiciário a se manifestar, por exemplo, nos casos de improbidade administrativa. Por outro lado, a atividade das Corregedorias dos Tribunais, quando atuantes e nos estritos limites de sua atribuição funcional, sempre se restringiu basicamente, neste particular, à fiscalização do cumprimento de prazos e procedimentos no processo, o que

³⁰⁴ LUDWIG, Guilherme Guimarães. O princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva no novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Élisson (org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2.ed. rev. ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p.144.

também se traduz em uma atividade de natureza tipicamente administrativa. Enquanto isso, a prestação jurisdicional em si nunca esteve sujeita a padrões efetivos de desempenho e eficiência a serem observados pelos magistrados, enquanto agentes públicos responsáveis pela sua condução e no espaço dos fundamentos de suas decisões no processo.

É necessário enfatizar que não se trata aqui do cumprimento de prazos legais para prolação de decisões jurisdicionais ou metas para tramitação e conclusão de processos judiciais, deveres estes que passaram a ter um acompanhamento organizado e sistemático em todo o Brasil com a criação do Conselho Nacional de Justiça com a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004. Tal como as Corregedorias, a atuação deste último órgão de controle se restringe evidentemente à atividade estritamente administrativa do Poder Judiciário, não podendo se imiscuir na atividade jurisdicional, sob pena de afronta ao princípio da independência da magistratura, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal³⁰⁵.

Pelo contrário, o que se sustenta é que na atividade jurisdicional típica deva o princípio da eficiência ser aplicado, tendo em conta o pós-positivismo jurídico e diante da consequente força normativa dos princípios dele decorrente. Sendo a separação de poderes uma técnica de caráter estritamente orgânico-funcional, ao Poder Judiciário cabe a observância da eficiência também no exercício da própria prestação jurisdicional em si mesma, devendo a argumentação utilizada nos fundamentos de suas decisões jurisdicionais ser vetorizada por este princípio, na direção da plena concretização do direito de acesso à Justiça, o que, em última análise, confere condições concretas de fazer valer direitos fundamentais ao cidadão. Observe-se, a propósito, que o Código de Processo Civil de 2015 traz expressa referência ao princípio da eficiência como instrumento norteador da atividade do juiz³⁰⁶.

No Estado Democrático de Direito, a concretização do direito fundamental ao acesso à Justiça se requalifica assim para envolver o equilíbrio das garantias processuais constitucionais sob a luz do princípio da eficiência administrativa como vetor de interpretação da norma processual, assegurando um direcionamento à instrumentalidade como meio que permita um processo de resultados. Garantir acesso à Justiça requer, neste enfoque, que o Poder Judiciário atue pautado em padrões de funcionalidade e coerência, emanados estes

³⁰⁵ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 3.367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 13.04.2005. DJ 17.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³⁰⁶ *Idem*. *Código de Processo Civil*, “Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

diretamente do princípio constitucional da eficiência, em sentido de concretizar direitos e garantir a segurança jurídica.

4.1.2 Atividade jurisdicional eficiente e vinculação da conduta do juiz

A eficiência aparelha o Poder Judiciário para consecução do acesso à Justiça como objetivo imediato e a concretização de direitos fundamentais como finalidade mediata. A eficiência na função jurisdicional aqui se conforma no Estado-juiz, enquanto Administração Pública, no exercício de sua própria atividade-fim, prestar a jurisdição considerando em termos macro as diferentes demandas da sociedade, fomentando a realização ou mesmo realizando o papel de transformador social ao concretizar direitos fundamentais.

É uma espécie de visão panorâmica da resolução dos conflitos, sempre atenta à viabilização, na fundamentação de suas decisões e em ponderação necessária com os demais princípios constitucionalmente garantidos, dos mecanismos finalisticamente considerados como necessários e adequados à consecução na maior medida possível do acesso à Justiça e, em última análise, da paz social. A eficiência almeja a efetividade no plano das lides (individuais ou coletivas) quando isoladamente consideradas, mas igualmente implica em uma visão mais abrangente de cumprimento por parte do Estado de todos objetivos que lhe são constitucionalmente atribuídos.

Leonardo Carneiro da Cunha, ao analisar a previsão do princípio da eficiência ainda no projeto do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, destaca que eficácia, efetividade e eficiência não se confundem e podem ainda ser apontadas como características de três concepções distintas de Estado. Eficácia é a aptidão da norma a produzir efeitos no perímetro lógico-normativo próprio ao Estado liberal de Direito. A efetividade relaciona-se com o cumprimento da norma, uma medida de concretização destes efeitos numa percepção empírico-normativa do Estado social de Direito.

A eficiência mede a relação entre os meios empregados e os resultados alcançados, numa dimensão finalístico-normativa no Estado Democrático de Direito. Neste último, os sistemas jurídico e processual deixam de serem dotados de elevada previsibilidade legal e de se ocupar apenas com a construção de meios para efetivação do Direito e do processo, para estruturar a consecução de finalidades e metas. Não basta que a norma seja eficaz e efetiva, o seu objetivo tem que ser eficientemente alcançado³⁰⁷.

³⁰⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, ano 39, v.233, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.2014, p.66-68.

José Roberto dos Santos Bedaque ratifica esta distinção entre efetividade e eficiência, esclarecendo que “acesso efetivo ao sistema processual não significa, necessariamente, acesso à justiça, à ordem jurídica justa, que somente um sistema eficiente proporciona”³⁰⁸. Pelo cânone da eficiência na atividade jurisdicional, o Poder Judiciário projeta a si mesmo como objeto de suas próprias decisões, maximizando as possibilidades de uma entrega da prestação jurisdicional ágil e de qualidade na maior medida possível, com menor custo de tempo e recursos, vale dizer, em sentido da plena efetividade.

Trata-se aqui de um olhar reflexivo na construção racional da argumentação que confere suporte às decisões. Toda prestação jurisdicional eficiente tende a fomentar ao máximo a concretização do direito de acesso efetivo à tutela jurisdicional, com segurança jurídica e isonomia de tratamento. A eficiência administrativa aplicada ao Poder Judiciário normatiza as razões de política judiciária que informam a necessidade de favorecer o acesso à Justiça, trazendo-as à consideração no mesmo patamar que outros padrões de argumentação. A margem jurídico-pragmática decorrente da inserção expressa de tal princípio constitucional permite que o juiz considere as decorrências sistêmicas de suas decisões, pela jurisdicização de considerações práticas, sem que seja possível reconhecer esta argumentação como de natureza extrajurídica.

Em sua aplicação à atividade jurisdicional, fica assim evidenciada uma relevância concreta no recurso hermenêutico ao princípio da eficiência, qual seja, a de conduzir ao plano da juridicidade as razões de ordem prática relacionadas, por exemplo, a eventual insuficiência estrutural do Poder Judiciário em prover o pleno acesso à Justiça à sociedade como um todo. O princípio constitucional da eficiência quanto ao Poder Judiciário conforma e é conformado também pela demanda da sociedade por acesso à Justiça.

Dessa forma, não mais se pode recusar o caráter jurídico e técnico de uma argumentação que afaste a interpretação (ou mesmo a aplicação) da norma processual e conduza a um estado de carência de efetividade na prestação jurisdicional. A eficiência aqui condiciona o uso dos meios processuais disponíveis em busca do resultado da concretização de direitos. Ao manejar o princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual, o juiz deve identificar, tendo em consideração vários aparentes sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para o conceito, a solução que se apresente como a mais correta e adequada para fixação de seu conteúdo dentro das condições fáticas e jurídicas no caso concreto.

³⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

Na esfera das decisões jurisdicionais, o princípio da eficiência direciona os órgãos judiciais do Poder Judiciário a potencializar, pela via interpretativa e aplicativa, na melhor medida possível de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas, os procedimentos e técnicas idôneas a obter a solução ótima à consecução do pleno acesso à Justiça e à concretização de direitos fundamentais³⁰⁹, levando em consideração a garantia da segurança jurídica e a isonomia de tratamento.

É necessário aqui observar que, como já reconhecido no domínio da atuação da Administração Pública em geral, uma aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para o conceito (indeterminado) de eficiência não permite uma autêntica opção do intérprete ou do aplicador do Direito para o seu preenchimento, mas uma única solução correta possível, em cada caso concreto, com base em uma apreciação racional do conjunto de normas do ordenamento jurídico.

No que tange à atividade típica do Poder Judiciário, este campo de liberdade ainda é mais restrito, sob o risco de violação do princípio da segurança jurídica que deve presidir as relações albergadas pelo Direito. Urge avaliar os reflexos da aplicação do princípio da eficiência sobre o exercício de certa margem de escolha quanto ao procedimento.

Ronald Dworkin trata em “poder discricionário”, anotando que ele estaria associado a um contexto específico no qual “alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”. Este poder ocorreria então sob três enfoques:

a) Poder discricionário em sentido fraco numa primeira alternativa, quando a decisão não se esgotasse na simples aplicação mecânica dos padrões estabelecidos, sendo exigido algo mais que o método da subsunção, certo discernimento para preencher o conteúdo de alguns conceitos vagos.

b) Poder discricionário em sentido fraco numa segunda alternativa, se a decisão fosse definitiva, ou seja, tomada em última instância e insuscetível de reforma por uma instância superior, como no caso dos juízes da mais alta corte recursal em determinado sistema jurídico.

c) Poder discricionário em sentido forte, quando a decisão não se encontrasse vinculado a padrões estabelecidos por uma autoridade determinada³¹⁰.

³⁰⁹ LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Processo trabalhista eficiente*. São Paulo: LTr, 2012, p.153.

³¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 50-52.

Em seguida, no entanto, este autor estabelece a crítica sob o argumento de que “o poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular [...]”³¹¹. Em verdade, pretende afirmar que não há uma autêntica livre escolha em nenhuma das hipóteses, pois, mesmo quando não existam regras vagas ou explícitas ou tampouco que a decisão seja definitiva, os princípios obrigarão o juiz em sua fundamentação, pois eles inclinam a decisão em uma direção, ainda que de forma não conclusiva.

Karl Engisch reconhece, a seu turno, a possibilidade de exercício do poder discricionário pelo juiz quando haja várias alternativas, em que cada uma possa ser defensável, considerando a grande ambiguidade dentro do que denomina de “espaço de jogo”. Assim, na mensuração da pena em concreto, por exemplo, poderia ser defensável aplicar tanto seis como sete ou oito meses de prisão. Todo aquele que decidisse, dentro deste espaço de jogo, por qualquer destas possibilidades, estaria dentro do Direito, não sendo possível afirmar que apenas um tivesse razão. Tal possibilidade de justificação não excluiria críticas sobre as razões por que precisamente esta ou aquela decisão seria a melhor³¹².

Na realidade, prossegue o autor, o que em todo o caso tivesse de ser reconhecido como defensável deveria estar no espaço de manobra do poder discricionário, valendo nessa medida como justo. Da mesma forma que não se poderia representar o Poder Legislativo como um ente racional que, segundo princípios abstratos, produzisse leis que fossem as únicas justas, também não seria lícito conceber juízes como apenas chamados a uma esquemática execução do Direito. Para impedir o desvirtuamento dessa ideia, bastaria que existissem uma ciência jurídica evoluída e magistrados comprometidos com a imparcialidade, a objetividade e a incorruptibilidade, além das garantias contra o arbítrio asseguradas pela obrigação de fundamentar a decisão e pela possibilidade de revisão da decisão na instância superior³¹³.

Ocorre que a própria noção de “defensável” é um conceito vago, de modo que a decisão estará amparada, pelo menos, nas regras da proporcionalidade e da razoabilidade, que estão no ordenamento jurídico e vinculam a conduta do juiz como parâmetros de julgamento. Não há falar, portanto, em autêntica margem de escolha do juiz. Uma vez estabelecido o

³¹¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 53.

³¹² ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 250

³¹³ *Ibidem*, p. 251-254.

conteúdo de cada conceito indeterminado, o que em uma apreciação racional e fundamentada do conjunto de normas do ordenamento jurídico apenas admite única solução correta, a fixação da pena torna-se uma conduta judicial estritamente vinculada.

No panorama pós-positivista deste fenômeno do Direito, o juiz se encontra vinculado pela conformidade das decisões com o conjunto sistemático das regras e princípios presentes no ordenamento. Logo, ainda que inexista um regramento específico, as demais normas do próprio sistema fornecerão a disciplina necessária ao caso concreto, inexistindo, em termos teóricos, discricionariedade do juiz, mas apenas graus distintos de vinculação da decisão judicial à juridicidade.

De acordo com Luigi Paolo Comoglio, por seu turno, poder discricionário do juiz seria possível na ótica de um processo justo. Ao contrário de um procedimento detalhadamente regulado, a exigência de legalidade deveria ser entendida, em conformidade com as tradições históricas do *due process of law*, rigorosamente circunscrita a uma pré-constituição, *ex lege*, de uma exaustiva disciplina daquelas garantias mínimas e essenciais, sobre as quais se funda o núcleo de garantias invioláveis do processo justo.

Para ele, esta visão tornaria possível considerar totalmente compatíveis com os preceitos constitucionais os modelos processuais em que a lei se absteresse de preestabelecer rígida e minuciosamente as situações subjetivas, os atos e as formas de procedimento, mas permitisse confiar ao juiz, por exigências institucionais de rapidez, economia e efetividade diferenciadas da tutela jurisdicional, a função primária de assegurar àquele procedimento uma regulamentação concreta e elástica, adequada à variedade de casos concretos, conferindo-lhe, dentro de limites predeterminados (ou predetermináveis), idôneo poder discricionário³¹⁴.

Deveriam ser considerados no todo incompatíveis com os mencionados princípios e valores do processo justo um tipo de procedimento, no qual a forma de exercício dos poderes, enquanto legitimamente atribuídos à discricionariedade do juiz, não fossem sujeitos pela mesma lei – semelhante ao que acontece com os poderes dispositivos das partes – a limites pelo menos predetermináveis, bem como a correspondentes ou adequadas formas de controle. Na verdade, a simples presença de limites precisos (e controles eficientes) poderia excluir, em qualquer caso, qualquer risco de abuso ou de arbítrio, e acima de tudo, manter a neutralidade, a imparcialidade ou e a equidistância do juiz que dirige o processo³¹⁵.

Os limites desta modalidade de poder discricionário são reconhecidos, por Mauro Cappelletti, como as por ele denominadas “virtudes passivas” do processo jurisdicional, a

³¹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 372-374.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 374-375

exemplo da imparcialidade e da objetividade procedimentais, que possuem natureza formal. Não determinariam, pelo contrário, o conteúdo do processo, espaço em que seria cabível se tratar numa interpretação criativa por parte dos juízes³¹⁶.

Para que não seja permitida a pura subjetividade do julgador, pondera ainda este autor que não deveria haver ocultação de escolhas em contorções lógicas e verbais, exigindo-se mais responsabilidade e democratização do processo: deveriam ser patentes as reais razões das escolhas judiciais e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis, evidenciando-se até os elementos de incerteza para eventual intervenção reparadora do legislador³¹⁷.

Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, no entanto, se para a Administração Pública, no exercício de atividades tipicamente administrativas, há mais de um *caminho* possível e jurídico em busca da solução única no caso concreto, no exercício da função jurisdicional propriamente dita na interpretação dos conceitos indeterminados, não existe sequer esta pluralidade de possibilidades na escolha dos caminhos, mas exclusivamente no encaixe do fato na norma. Tal pluralidade apenas existe em tese, pois no caso concreto passa a ser exigido um “sim” ou um “não” do juiz, sempre como solução única e mutuamente excludente. Para ela, “trata-se, então, propriamente, não de atividade discricionária, mas de preenchimento de conceito vago, através de atividade eminentemente interpretativa, que, em face do caso concreto, só pode gerar um resultado tido como correto”³¹⁸.

Ademais, em certa medida, a própria possibilidade de revisão da decisão judicial se contrapõe à perspectiva de liberdade de escolha entre várias soluções. É que não atende a requisitos de funcionalidade do Poder Judiciário se entender que a reforma de um julgado possa acarretar a mera substituição de uma escolha hipoteticamente discricionária da instância inferior por outra igualmente discricionária da instância superior. No que ela gozasse de margem de total liberdade, a hipotética escolha de um juiz jamais seria passível de crítica por outro juiz, na medida em que escaparia de fatores objetivos de sindicabilidade.

A crítica ao poder discricionário do juiz evidencia, portanto, uma concepção de poder consentânea com o redesenho deste fenômeno sob as luzes do pós-positivismo jurídico. Assim, a conduta do juiz, embora menos vinculada às regras definidoras do procedimento legalmente estabelecido, encontra-se balizada pelas garantias invioláveis atinentes ao

³¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 73-81.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 132.

³¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 380.

processo justo. Desloca-se a atividade de apreciação para o momento contemporâneo ao fato do processo, permitindo-se ao juiz identificar o meio mais específico adequado à realização do direito material em questão, em direção à solução que confira mais eficiência à atividade jurisdicional.

Observe-se, por exemplo, que o Código de Processo Civil brasileiro confere ao juiz poderes, ainda que de ofício, para eleger e determinar as medidas necessárias, seja para efetivar a tutela específica, seja para obter o resultado prático equivalente³¹⁹. Potencializar, pela via aplicativa, o procedimento idôneo a obter a solução ótima à consecução do pleno acesso à Justiça é o direcionamento conferido pelo princípio da eficiência ao Poder Judiciário.

Embora não esteja vinculado a um rol exaustivo de regras procedimentais, o juiz sempre estará limitado pelo núcleo essencial de garantias processuais mínimas e ao próprio dever constitucional de motivação das decisões, além das regras da proporcionalidade e da razoabilidade, conjunto este que reflete, em última análise, as normas informadoras da tutela constitucional do processo.

Tal caminho argumentativo o conduzirá, em termos práticos, à solução mais eficiente em cada caso concreto, conforme as suas possibilidades fáticas e jurídicas. Deste modo, não haverá propriamente liberdade decisória, mas apenas uma vinculação à juridicidade em grau mais reduzido e fluido, para, com suporte na aplicação do princípio da eficiência, ser assegurada a segurança jurídica, prestando a tutela mais adequada a cada interesse perseguido em juízo, na concretização de um processo justo.

4.2 SISTEMA DE PRECEDENTES E GARANTIAS DE SEGURANÇA JURÍDICA E ISONOMIA DE TRATAMENTO NO PROCESSO EFICIENTE.

A concretização dos direitos fundamentais pressupõe o pleno acesso à Justiça, como uma síntese das demais garantias constitucionais do processo. O alcance deste acesso em nível otimizado é decorrência da potencialização dos procedimentos e técnicas idôneas, na melhor medida possível e de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Trata-se da aplicação do princípio da eficiência no plano da atividade jurisdicional, exigência do Estado Democrático de Direito.

³¹⁹ BRASIL. *Código de Processo Civil*, “art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

A eficiência dirigida ao ambiente do processo judicial tem por premissa um Poder Judiciário funcional, de modo a que se viabilize racionalmente o atingimento dos seus resultados ótimos possíveis em termos de garantia de direitos fundamentais, pela adoção dos meios que melhor garantam este desiderato no ambiente de um processo justo. A ausência da característica ou tendência de funcionalidade implica no desperdício de recursos do aparato jurisdicional e de tempo no processo com procedimentos e técnicas que não resultarão em tais objetivos instrumentais visados.

Em qualquer atividade, imprimir eficiência significa o constante enxugamento dos recursos e do tempo necessários à sua realização, pelo descarte de tudo aquilo que não lhe traga nenhum valor ou utilidade prática. Não é diferente no processo judicial, em que a própria duração do tempo do processo, além do proporcional custo necessário a sua tramitação junto ao aparato estatal, pode vir a acarretar, por si só, a ausência de efetivação do direito perseguido, diante de diversos motivos, tais como: o perecimento do bem da vida perseguido em determinadas circunstâncias, o esgotamento patrimonial do condenado anteriormente ao cumprimento da decisão e a ultrapassagem dos limites de resistência da parte economicamente mais débil.

Além desta avaliação que leva em conta preponderantemente o conflito entre a duração do processo e o interesse público principal de entrega da prestação jurisdicional, há outro nível de avaliação que traz em consideração outro interesse público, agora relativo ao desperdício de recursos, que pode ocorrer de forma independente do elemento tempo. Basta imaginar que, entre diversos meios que proporcionem, em princípio, uma solução relativamente expedita do litígio, o agente público tenha optado justamente pelo que seja mais oneroso. Há aqui também violação do princípio da eficiência ainda que com respeito à celeridade da tramitação processual.

É necessário, contudo, evitar a confusão entre o combate ao desperdício de tempo e de recursos e o mero consequencialismo supressor de garantias processuais. Para José Carlos Barbosa Moreira, “se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é”³²⁰. Por outro lado, nas palavras de Wilson Alves de Souza, “celeridade exagerada de modo a que direitos e garantias processuais sejam atingidos, não significa, absolutamente, que houve aplicação do

³²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

princípio do processo em tempo razoável”³²¹. Considerando que a eficiência no processo destina-se à consecução do pleno acesso à Justiça, ela apenas pode partir da e pela premissa de um processo justo, do qual aquele acesso é síntese. Esta é a baliza fundamental, por exemplo, ao preenchimento do conceito indeterminado relativo ao que se reputa como duração razoável do processo no caso concreto.

Em mesmo sentido é a ponderação de André Luiz Nicolitt, para quem a justiça de uma decisão judicial não se esgota simplesmente no conteúdo desta, porém também na forma em que produzida. A decisão judicial justa nem pode ter o açodamento e a irreflexão incompatíveis com a atividade jurisdicional, tampouco a morosidade destrutiva da efetividade, mas sim uma justa medida que se traduz, em última análise, em fazer justiça³²². Segundo Ronnie Preuss Duarte, o que releva em termos de dilação do processo é a “separação entre o tempo útil – entendendo-se como tal o lapso temporal necessário à prática de atos que assegurem em maior medida a consecução dos fins do processo –, e o tempo inútil que conduz apenas e tão-somente ao retardamento de uma definitiva solução do processo”³²³. A eficiência e as garantias constitucionais do processo, portanto, tais como a segurança jurídica e a isonomia de tratamento entre as partes em idêntica situação, caminham lado a lado na direção da concretização do acesso à Justiça.

O desperdício de tempo com técnicas e procedimentos inadequados e providências desnecessárias no ambiente processual acarreta basicamente dois efeitos negativos em desfavor da eficiência: de um lado, o prejuízo ao direito de acesso à Justiça, ao afrontar a propensão a um processo efetivo, refletindo conseqüentemente em perda na concretização de direitos fundamentais; de outro, a ampliação do custo ao erário público com insumos de pessoal e de material decorrente da atuação desnecessária da Administração Pública em diligências e etapas inúteis.

É necessária, desta maneira, a redução do tempo técnico do processo, o que, segundo Marcos Neves Fava, é consequência direta da concorrência entre os seguintes fatores: adequação procedimental, encurtamento de opções para o litigante e condução efetiva do feito pelo juiz. Torna-se necessário redesenhar, com mira na efetividade do processo, as redundâncias do procedimento³²⁴. A este respeito, a própria positivação do princípio da

³²¹ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p.327.

³²² NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 7-8.

³²³ DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.210.

³²⁴ FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009, p.47.

duração razoável no processo, pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004³²⁵, trouxe uma nota distintiva de eficiência à garantia de acesso à Justiça, que, consoante José Roberto Freire Pimenta, antes de mero exercício retórico, reafirmou a importante dimensão temporal do princípio da efetividade, trazendo um grande potencial transformador especialmente à magistratura, em termos de simplificação e racionalização do sistema processual³²⁶.

Por seu turno, Luigi Paolo Comoglio, referindo-se à garantia análoga italiana, identifica o direito constitucional à razoável duração como componente fundamental do processo justo, o que permite ampla análise da constitucionalidade dos dispositivos reguladores das formalidades e tempos que possibilitem o abuso de direito, pela parte em detrimento da outra, bem assim uma extensão desarrazoada da duração do feito e uma majoração de seus custos individuais ou sociais³²⁷. Como um dos resultados nucleares almejados diante da aplicação do princípio da eficiência, trata-se também da jurisdicização das considerações práticas.

A própria legislação infraconstitucional brasileira apresenta mostras de caminhar em idêntico sentido. Observe-se a existência de regras específicas no Código de Processo Civil brasileiro por uma atuação estatal eficiente contra o desperdício. Cite-se, a título de exemplos: o julgamento antecipado do mérito³²⁸, as providências de saneamento e organização do processo³²⁹, o indeferimento fundamentado de diligências inúteis ou meramente protelatórias³³⁰ e a utilização da prova emprestada³³¹. Todos estes dispositivos convergem na

³²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “art. 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³²⁶ PIMENTA, José Roberto Freire. A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p.261-263.

³²⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, ano 29, n.116, ano 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2004, p. 151.

³²⁸ BRASIL. *Código de Processo Civil*, “art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³²⁹ *Idem*. *Código de Processo Civil*, “art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³³⁰ *Idem*. *Código de Processo Civil*, “art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as

mesma finalidade legal de reduzir os “tempos mortos” no processo e os custos decorrentes da respectiva utilização do aparato judicial e seus desdobramentos, obrigando ao descarte de tempo e atuação com diligências ou procedimentos inúteis ao desate do feito.

Na aplicação do princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual, podem ser reconhecidos ilustrativamente como características do atuar eficiente da atividade jurisdicional, os deveres de: conferir maior alcance possível aos dispositivos normativos que tratem das tutelas de urgência, em favor da parte contra quem o tempo do processo pode causar maior prejuízo; privilegiar o caminho argumentativo razoável e sustentável que confira mais alcance e abrangência de efeitos às lides coletivas; reconhecer validade e eficácia às soluções extrajudiciais de composição, desde que resguardada a igualdade material dos convenientes; punir de forma sistemática e rigorosa a má-fé processual; e adotar a interpretação razoável dos dispositivos normativos que proporcione a maior efetividade possível na fase de execução. São posturas do intérprete e do aplicador da norma na esfera endoprocessual, que proporcionam os meios para que alcance os melhores resultados em cada processo.

A interpretação e a aplicação do direito em concretização à eficiência no processo, todavia, não pode se circunscrever exclusivamente ao *locus* interno das lides individuais ou coletivas unitariamente consideradas, pois a maximização de resultados particulares não necessariamente converge à maximização de resultados gerais. Para além, o olhar reflexivo na construção racional da argumentação implica em que devam ser consideradas as decorrências sistêmicas das decisões judiciais, levando em conta o próprio Poder Judiciário como um todo unitário, enquanto uma instituição coerente no exercício da jurisdição de modo eficiente. A prestação jurisdicional há de se mostrar assim eficiente em dois planos: seja como unidade no caso concreto (lide individual ou coletiva), seja enquanto emanação de um sistema que manifeste a própria unidade do Poder Judiciário em suas decisões, na construção de uma linguagem específica e voltada à sociedade em geral.

No âmbito especificamente decisional, estes dois planos de incidência da aplicação do princípio da eficiência podem ser representados no que Daniel Mitidiero identifica como o duplo discurso doutrinário para a decisão judicial: *no caso concreto e para a ordem jurídica*. No primeiro, o discurso refere-se à fundamentação, como direito

diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³³¹ BRASIL. *Código de Processo Civil*, “art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

fundamental e núcleo duro do direito ao processo justo, em dois ângulos: tanto a extensão do dever de motivação das decisões judiciais à luz do conceito do contraditório em sentido forte, tendo em mira a estrutura cooperativa do processo; quanto a tríplice mudança no terreno das fontes, da interpretação jurídica e da técnica legislativa, em sentido da fundamentação analítica para aplicação de princípios e regras jurídicas e concretização de termos indeterminados.

O segundo destes discursos, entretanto, se volta para a sociedade e é de ordem institucional, de modo a promover a unidade do Direito. Materializa-se pela adoção de um sistema de precedentes judiciais, para garantia da segurança jurídica, da igualdade e da coerência dentro do sistema jurídico, na perspectiva da decisão judicial não mais como um pronunciamento do juiz, mas neste momento como um fato institucional³³². Ambos os discursos encontram-se vinculados. Os precedentes passam a ser um reflexo dos aspectos que se destacam no discurso relativo à fundamentação, especialmente na aplicação de princípios e na concretização de conceitos abertos. É este discurso para a ordem jurídica que se enfatiza para percepção da aplicação do princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual em sentido da concretização do acesso à Justiça em termos sistêmicos.

Enquanto sistema, a funcionalidade do Poder Judiciário deve pressupor coerência pela uniformidade do melhor resultado possível diante de casos concretos que se mostrem idênticos ou semelhantes, de maneira a que seja estabilizado o Direito interpretado e, conseqüentemente, reduzida a judicialização dos conflitos, ao tempo em que estimuladas soluções extrajudiciais de composição. Há um efeito virtuoso circular, pelo qual a eficiência aplicada ao processo em sua perspectiva sistêmica favorece a segurança jurídica nas relações de direito material, o que, por seu turno, reduz a necessidade de acessar o Poder Judiciário, incrementando a eficiência no plano processual em âmbitos individual e de sistema.

No Estado de Direito a segurança jurídica é o valor nuclear nas relações de direito material que garante esta estabilização e a própria continuidade da ordem jurídica, com fundamento na previsibilidade das conseqüências jurídicas das condutas. De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, o cidadão necessita de segurança, tanto em relação ao comportamento do Estado e de terceiros que podem contestar o seu direito, quanto para que possa definir o modo de seu próprio comportamento e de suas atividades³³³. Esta previsibilidade requer a possibilidade de conhecimento do significado das normas para que o cidadão possa antever as

³³² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, v.206, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p. 62-69.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.95-97.

consequências do seu comportamento. O pleno conhecimento do direito legislado, todavia, não apenas se mostra impossível de ser atingido, como também é dispensável para a garantia da segurança jurídica. Em um quadro de hiperinflação de leis e regras processuais de conteúdo aberto, a segurança jurídica dependerá da univocidade possível da interpretação judicial que é dada à norma sobre a qual a ação se funda³³⁴.

A uniformização da interpretação das normas jurídicas é a medida de eficiência que confere a harmonização processual sistêmica das tensões entre dois imperativos no plano material: de um lado, de correção da norma jurídica perante as circunstâncias fáticas e jurídicas em sentido da efetividade; de outro, de estabilidade do Direito aplicável às relações em sociedade visando à pacificação dos conflitos, finalidade e sentido essencial da própria existência do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito. O processo pautado pelo cânone da eficiência produz assim o acertamento do conteúdo da norma de direito material, em complemento ao quanto elaborado pelo Poder Legislativo no exercício de sua função própria e típica.

Para Francisco Rosito, antes de “simples ferramenta de desafogo dos processos”, a maximização da força do precedente é fundamental à redução dos antagonismos jurisprudenciais e, portanto, da insegurança jurídica. Diante do aumento dos litígios, é observada cada vez mais uma prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança jurídica, para se buscar uma solução mais rápida do processo. Deve se buscar, todavia, o equilíbrio entre os valores referidos, alcançável entre as alternativas possíveis pelo sistema de precedentes, quando racionalizadas as vantagens e desvantagens da litigiosidade. Além do desenvolvimento racional da jurisprudência, contribui-se para uma prestação jurisdicional estável, confiável e previsível, importando em segurança jurídica³³⁵.

No entendimento de Nicola Picardi, o precedente vem a ser o instrumento pelo qual se assegura este desenvolvimento da função jurisdicional segundo critérios de razoabilidade, como consequência de uma tendência de menor rigidez das regras de origem legislativa e conseqüentemente de sua maior adaptabilidade³³⁶. A prospectividade, como se observou antes, é característica que informa o fenômeno jurídico no pós-positivismo, representado pela progressiva utilização de cláusulas gerais e princípios constitucionais. O

³³⁴ *Ibidem*, p.97-99.

³³⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p.60-65.

³³⁶ PICARDI, Nicola. *Appunti sul precedente giudiziale. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.1, ano XXXIX, Milão: Giuffrè, mar.1985, p.208.

contraponto necessário em termos de garantia da segurança jurídica no plano material advém do processo em sua percepção sistêmica regulada pelo princípio da eficiência.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, se é admitida a plurissignificação diante da presença de cláusulas gerais no enunciado normativo, isso significa que a mera aplicação da lei não basta a garantir a igualdade de todos, pois existe uma pluralidade de possibilidades no processo de compreensão, apreensão e dedução do seu significado normativo pelo juiz³³⁷. Maurício Martins Reis identifica então a uniformização dos pronunciamentos judiciais como uma contrapartida da hermenêutica jurídica apta a resolver casos difíceis “sem incorrer na proliferação irresponsável de ‘ilhas’ incomunicáveis de significado (ou sentido) escudadas no convencimento motivado (isolado) de cada juízo julgador”³³⁸.

Conforme Carlos Bernal Pulido, de maneira isolada os textos legais são apenas um conjunto de signos, não apresentando significado, o que apenas é atribuído a contar do ponto em que se os interpreta. As normas jurídicas não são mais que o significado atribuído à disposição interpretada³³⁹. Quando o texto legal não aponta com certa clareza o significado da norma ou quando não há nitidez sequer quanto à existência de regulação estatal de determinada conduta, para que o cidadão alcance relativa certeza quanto ao Direito, ele buscará se orientar pela interpretação realizada pelo juiz, agente público responsável pelo exercício da jurisdição diante do conflito de interesses. Para que se garanta a eficiência do aparato judicial em sentido da resolução dos conflitos, esta interpretação que confere significado à norma jurídica deverá ser unívoca.

O autor colombiano explana ainda que, nos casos fáceis, quando a disposição tem um significado unívoco e é claramente aplicável, este sentido conhecido amplamente pela comunidade determina quase por completo a interpretação. O nexos entre disposição e norma é tão estreito nos casos fáceis, que a tarefa de intermediação que cumpre a jurisprudência se

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.115.

³³⁸ REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 39, v.230, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2014, p. 430.

³³⁹ PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden juridico colombiano. *Revista Precedente*. Cali: Icesi, 2003. Disponível em: < <http://www.icesi.edu.co/precedente>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.29-30. Em sentido similar, diferenciando norma e disposição, esta última como parte do documento normativo, Riccardo Guastini ensina que “a disposição é (parte de) um texto ainda por ser interpretado; a norma é (parte de) um texto interpretado”. *Conferere GUASTINI, Riccardo. Das fontes às normas*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.26

transparece e a força vinculante tende a ser outorgada diretamente à disposição, apesar de corresponder rigorosamente à norma³⁴⁰.

Este panorama, no entanto, muda bastante com os casos difíceis, em que a disposição não é determinada, nem seu significado é unívoco e tampouco sua aplicabilidade ao caso concreto é aceita por consenso. Nos casos difíceis, entre as circunstâncias do caso e a disposição, há uma grande distância que apenas pode ser encurtada por uma norma que tenha relação específica com o caso e que possa se fundamentar na disposição que se encontra nas fontes formais de Direito. Estas normas vinculam aos destinatários do Direito e conferem força vinculante à jurisprudência³⁴¹.

Em um ambiente em que o próprio Poder Judiciário não tenha pacificado a interpretação de uma norma jurídica de caráter aberto em meio a diversas alternativas aparentemente cabíveis, a situação de insegurança conduzirá logicamente a uma maior tendência de violação do direito ali possivelmente previsto, não necessariamente diante do simples desconhecimento da lei, porém daquele sentido que lhe possa ser atribuído quando não seja literal e evidente.

De igual modo, se o cidadão ao sentir o seu direito violado identifique, entre entendimentos díspares do Poder Judiciário acerca de uma norma jurídica em questão, algum que lhe socorre, a tendência será que diante da incerteza ingresse como autor com uma ação judicial justamente para tentar obter este específico amparo jurisdicional. Por seu turno, se o réu observar, em sentido reverso, interpretação judicial inversa e que lhe desonere da prestação pretendida, existe também uma tendência que persevere com o processo até as últimas consequências possíveis, na tentativa de alcançar esta decisão, ao invés de reconhecer a procedência do pedido ou buscar a saída conciliatória. Sob a ótica de quaisquer dos polos da demanda, o resultado será o incremento do congestionamento do aparato judicial.

A uniformização na interpretação do Direito repercute em ganho em termos de agilidade do Poder Judiciário também na medida em que evita o retrabalho dos agentes públicos, o que gera uma otimização do tempo necessário a uma apreciação mais criteriosa das novas demandas. Neil Duxbury aduz que, para que prevaleça em casos futuros similares, uma decisão do Poder Judiciário deverá estar fundamentada em boas razões. Logo, um juiz que evite aderir ao precedente, desprezando a experiência acumulada dos casos passados, estará deixando de aproveitar o raciocínio empreendido por aqueles que lhe antecederam, o

³⁴⁰ PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. *Revista Precedente*. Cali: Icesi, 2003. Disponível em: < <http://www.icesi.edu.co/precedente>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.31-32.

³⁴¹ *Ibidem*, p.32.

que representa uma perda de agilidade na atividade dos juízes na medida em que será necessário refazer todo raciocínio do processo decisório para cada nova decisão³⁴².

Noutro plano de análise, pode ser observado também que a necessidade de segurança jurídica resvala especialmente em um imperativo de tratamento isonômico entre os cidadãos perante o Direito e, por consequência, em face das decisões proferidas pelo Poder Judiciário ao interpretar o Direito. A igualdade é a base da segurança jurídica, de modo que casos semelhantes devem ser tratados de modo semelhante (*treat like cases alike*). Quando a doutrina se ocupa do princípio da igualdade no processo, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, normalmente o faz em relação somente aos aspectos internos de participação das partes: igualdade *no* processo e igualdade *ao* processo. A igualdade é então observada, por um lado, vinculada ao exercício do contraditório para influenciar a formação da convicção judicial; por outro, associada ao acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais; ressalvadas as diferenças eventuais de tratamento que sejam racionalmente justificáveis. Resta, entretanto, uma lacuna precisamente quanto à igualdade diante das decisões judiciais³⁴³.

Na visão de Estefânia Maria de Queiroz Barboza, há violação direta ao princípio da igualdade (e consequentemente ao da segurança jurídica) quando questões de conteúdo moral e político, como o preenchimento do conteúdo dos direitos fundamentais, sobre as quais inexistente consenso da comunidade, são decididos por um poder não eleito pela população e que não preserva a coerência em relação às suas próprias decisões³⁴⁴. É necessário desta maneira que se garanta a uniformidade no julgamento dos casos como requisito do Estado Constitucional de Direito, para que as pessoas sejam tratadas com igual consideração e respeito, tendo em vista a grande margem de apreciação no caráter aberto e principiológico da Constituição e na densificação das normas de caráter aberto³⁴⁵.

Retornando ao autor paranaense, pode ser reconhecido que a passagem da técnica casuística pelo método da subsunção para a técnica das cláusulas gerais, que requer raciocínio mais complexo em conformidade com elementos nem sempre presentes na legislação, demanda a igualdade perante as decisões judiciais. As expectativas de segurança jurídica,

³⁴² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.93-95.

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.111-112.

³⁴⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014, p.236.

³⁴⁵ *Ibidem*, p.239-242.

antes depositadas na lei, passam a recair na decisão judicial, que, diante de normas legislativas incompletas, torna-se a verdadeira norma jurídica do caso concreto³⁴⁶.

Não atende à necessidade de coerência e conseqüentemente às razões de eficiência no processo que as normas oriundas da interpretação judicial, ao densificarem o conteúdo daquelas editadas pelo Poder Legislativo, apresentem variação entre destinatários nas mesmas circunstâncias. Em tal cenário, o conteúdo do Direito passa a ser absolutamente aleatório, em contrariedade à sua essência de pacificação. Ao revés, a percepção quanto à uniformidade da interpretação pelo Poder Judiciário não apenas interfere no comportamento do cidadão em sociedade, como também o permite antecipar o resultado de uma eventual judicialização da controvérsia.

Referindo-se à uniformização da jurisprudência, Rodolfo de Camargo Mancuso indica que esta pode ser vista não apenas como um acelerador do deslinde dos processos com tratamento isonômico aos jurisdicionados, mas também como garantidor de visibilidade e previsibilidade a todo sistema de justiça estatal, permitindo que jurisdicionados e advogados tenham uma perspectiva do que irá ocorrer em caso de judicialização da pendência³⁴⁷. Tal possibilidade tende a interferir na própria propositura da ação, reduzindo logicamente o grau de litigiosidade judicial da sociedade. A utilização do aparato judicial tende a se dar de forma mais comedida ainda na resistência à pretensão posta em juízo inclusive pela via recursal. Estas circunstâncias repercutem em todo sistema judicial em termos de redução do congestionamento, tornando o Poder Judiciário mais eficiente no atendimento dos litígios remanescentes.

Considerando uma visão sistêmica do fenômeno jurídico, portanto, a necessidade de uniformização da interpretação do Direito deve ser reconhecida como pauta de resultados da atividade do Poder Judiciário. A partir de decisões uniformes em conflitos idênticos ou semelhantes é estabilizada a interpretação do Direito aplicável, sendo que diante da premissa da funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário cabe a realização do máximo possível e alcançável na satisfação do interesse de cada indivíduo e da coletividade diante das circunstâncias do caso.

É insuficiente, portanto, que em determinado processo, unitariamente considerado, sejam aplicadas as técnicas e procedimento mais idôneos ao melhor resultado na entrega da prestação jurisdicional no caso concreto mediante um processo justo. Para que se

³⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.117.

³⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.206.

observe a mais ampla concretização do princípio da eficiência, também será necessário um resultado estabilizado em relação aos demais processos, conferindo não apenas efetividade individual, mas segurança do direito discutido para toda sociedade com alicerce na coerência do sistema. A adoção de um sistema de precedentes vinculantes mostra-se então como uma manifestação necessária do princípio constitucional da eficiência aplicado ao processo.

4.2.1 Sistema de precedentes vinculantes, independência da magistratura e confiabilidade institucional do Poder Judiciário

A prestação jurisdicional deve ser entregue à sociedade, tendo em conta um sistema unitário e coerente, de forma idêntica a cada jurisdicionado em idêntica ou semelhante situação, de modo a não estimular o desrespeito à norma jurídica reconhecida pelo Estado-juiz e conseqüentemente o ajuizamento desnecessário de ações judiciais. Os fundamentos para reconhecimento de um sistema de precedentes pela aplicação do princípio da eficiência passam essencialmente pela garantia da segurança jurídica e pela isonomia de tratamento dos cidadãos perante o Poder Judiciário.

Cabe indagar, no entanto, se ao vincular o magistrado à adoção de um sistema de precedentes vinculantes não haveria uma violação ao princípio constitucional da independência da magistratura, na medida em que o seu convencimento motivado estaria sendo limitado por um precedente decorrente de decisão originariamente proferida para além do regular poder de revisão dos tribunais e estranha ao plano interno ao processo. A análise passa pela identificação do conteúdo do princípio em referência.

Na lição de Giuseppe Chiovenda, há uma incompatibilidade psicológica entre as funções de legislar e de atuar a lei, porque o administrador pode ser dominado pelos interesses do Estado. A função jurisdicional deve assim ser entregue a órgãos autônomos, que não se deixem guiar senão pelo que se lhes afigure ser a vontade da lei, de acordo com a sua ciência e consciência, livre de prevenções subjetivas ou pressões externas. É necessário que esses órgãos sejam independentes, para impedir a intromissão da administração na justiça³⁴⁸.

O princípio da independência da magistratura pode ser reconhecido deste modo como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida em que se trata de uma

³⁴⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, p.515-516

decorrência do princípio da separação de poderes³⁴⁹³⁵⁰. No direito brasileiro pode ser reconhecido ainda como princípio constitucional implícito com sustentáculo na interpretação conjugada das garantias funcionais da magistratura previstas na Constituição Federal³⁵¹. Ademais, encontra-se positivado, entre outras fontes, em normas internacionais essenciais como a Declaração Universal Dos Direitos do Homem de 1948³⁵² e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) de 1969³⁵³.

No escólio de Flavio Galdino, todavia, antes de um atributo do julgador como uma espécie de privilégio pessoal ou direito subjetivo, a independência se configura em um mecanismo de promoção do dever de imparcialidade. Trata-se da soma da independência institucional do Poder Judiciário com a independência funcional do juiz individualmente considerado³⁵⁴.

A independência funcional apresenta duas abordagens: substancial e pessoal. Pela substancial, o juiz encontra-se sujeito apenas à lei em sentido amplo, aqui abrangendo as normas constitucionais e as exaradas por outras fontes reconhecidas, de modo a garantir a segurança jurídica no plano material e a imparcialidade no plano processual. Pela pessoal, o juiz é autônomo no exercício de suas funções, em face de pressões internas e externas ao Poder Judiciário. Cabe esclarecer que, no âmbito judiciário, a expressão hierarquia não representa vínculo de subordinação e obediência à instrução superior, consubstanciando

³⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.657-658.

³⁵⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³⁵¹ *Idem*. *Constituição da República Federativa do Brasil*, “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos do Homem*, “art. 10. Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³⁵³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, “art. 8º, I. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

³⁵⁴ GALDINO, Flavio. Imparcialidade judicial. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.554.

apenas uma forma especial verticalizada de distribuição de competências, preservada a liberdade de julgar do magistrado sem embargo de suas decisões estarem sujeitas à revisão³⁵⁵.

José Joaquim Gomes Canotilho, a seu turno, aponta a independência funcional como o núcleo duro do princípio da independência da magistratura, significando aquela que o juiz apenas está submetido às fontes de direito jurídico e constitucionalmente reconhecidas. Ao seu lado, estariam ainda mais três corolários do princípio maior: a independência pessoal, articulado com as garantias de inamovibilidade e autonomia no exercício da jurisdição, que não é perturbada por relação hierárquica na organização judicial e nem por órgãos disciplinares; a independência coletiva, que se traduz na autonomia da magistratura considerando a ordem ou a corporação; e a independência interna e externa, respectivamente, em relação a órgãos e entidades pertencentes ou não ao Poder Judiciário³⁵⁶.

É possível então compreender, acompanhando Carlos Bernal Pulido, que o significado deste princípio é que, ao julgar o juiz deve fundamentar dentro do sistema das fontes do Direito, não diante do exercício de influência dos demais Poderes e da iniciativa privada, nem tampouco de outros integrantes do Poder Judiciário, sobretudo dos magistrados das altas cortes, cujos interesses e opiniões não se confundem com a jurisprudência por eles produzida. Em um exercício de raciocínio análogo, também o dever judicial de aplicar a lei não vulnera o princípio da independência judicial, porque a lei não se confunde com os interesses e opiniões privadas dos parlamentares. A independência, portanto, não é a autonomia do juiz contra o sistema de fontes do Direito, mas em frente às influências de poderes, opiniões e interesses que se situam fora do dito sistema³⁵⁷.

Vicente de Paula Ataíde Junior concorda que a independência externa e a independência interna do juiz “são condições necessárias para que se estabeleça uma independência moral do magistrado, no sentido de que as direções decisórias que tomar sejam pautadas pelo seu entendimento jurídico e não por injunções ou influências externas”³⁵⁸. Em sentido semelhante, ao tratar da garantia constitucional da independência funcional da magistratura, Cândido Rangel Dinamarco explica que “no exercício da função jurisdicional o juiz não está vinculado a ordens ou exigências superiores capazes de determinar-lhe o teor dos

³⁵⁵ GALDINO, Flavio. Imparcialidade judicial. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.556-558.

³⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.663-664.

³⁵⁷ PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. *Revista Precedente*. Cali: Icesi, 2003. Disponível em: < <http://www.icesi.edu.co/precedente>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.20-21.

³⁵⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p.27.

juízos ou o modo de conduzir processos”. Em seguida, versando sobre eventual inconstitucionalidade da observância dos precedentes judiciais, adverte que, como os critérios de julgamento não se encontram exclusivamente na lei, mas na ordem jurídica como um todo – vale dizer, em todas as fontes aceitas no sistema – a sua observância não compromete a independência funcional do juiz³⁵⁹.

Há aqui, portanto, uma garantia tipicamente instrumental consagrada à magistratura para que exerça sua função livre de influências e interesses internos e externos, estranhos ao regular cumprimento do Direito emanado das fontes reconhecidas. Na hipótese em questão, definir se há observância da independência da magistratura implica anteriormente em verificar se os precedentes vinculantes são uma fonte reconhecida. Em outras palavras, não é a prerrogativa funcional que estabelece o que vem a ser considerado como fontes do Direito, mas estas últimas é que delimitam o espaço no qual a atuação do julgador pode ser considerada funcionalmente independente.

Na lição de Miguel Reale, para que se tenha uma fonte do Direito, é necessário um poder capaz de especificar o conteúdo do devido e exigir o seu cumprimento, sendo dispensável que ele mesmo aplique a sanção. Logo, “o problema das fontes do Direito se confunde com o das formas de produção das regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser genéricas ou não”³⁶⁰. Ao tratar da jurisprudência, aduz que esta inova em matéria jurídica, fixando normas que não se encontram nos limites da lei, resultando de uma construção por conexão de dispositivos distintos ou separando preceitos até então unidos, para completar o sistema objetivo do Direito. Na contemporaneidade esta produção normativa da jurisprudência encontra importância diante do excesso de leis e da necessidade de adequação das normas cada vez mais genéricas, como modelos normativos abertos às peculiaridades das relações sociais, razão pela qual não se nega a categoria de fonte do Direito³⁶¹.

Também Ricardo Maurício Freire Soares reconhece a jurisprudência como fonte formal e estatal do Direito, afirmando que não se pode reduzir o papel do juiz no mundo contemporâneo ao de um mero aplicador mecânico das regras emanadas pelo legislador, “mas, em verdade, deve ser reconhecido como um verdadeiro criador de um direito vivo e

³⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p.589-590.

³⁶⁰ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.140-141.

³⁶¹ *Ibidem*, p.168-169.

atual, ao explicitar o sentido e o alcance da normatividade jurídica perante os conflitos de interesses”³⁶².

Retornando a Carlos Bernal Pulido, pondere-se que a sujeição do juiz se mostra quanto ao ordenamento jurídico em sua completude e, dentro deste, se encontra também a jurisprudência como outras fontes de Direito. A sujeição do juiz apenas à lei em sentido formal, portanto, jamais estaria conforme os postulados do Estado Constitucional³⁶³. Raciocínio análogo pode ser alçado ao tratamento de um sistema de precedentes vinculantes, pois, ao se configurarem como autêntica manifestação da eficiência aplicada ao processo, isso significa conseqüentemente que são eles sustentados como fontes do Direito pelo correspondente princípio constitucional no plano da validade normativa.

Não há, por conseguinte, colisão entre um sistema de precedentes vinculantes, amparado pelo princípio constitucional da eficiência, e o princípio da independência da magistratura, na medida em que este pressupõe a vinculação do juiz em relação às fontes reconhecidas pelo sistema. Trata-se aqui de outro *standard* normativo, complementando, adequando e atualizando a produção do Poder Legislativo. Uma vez reconhecidos no ordenamento jurídico como fonte do Direito e exatamente pelo caráter de generalidade das normas por eles criadas, os precedentes vinculantes não abrem nenhuma margem ao exercício de influências e interesses internos e externos, estranhos ao regular cumprimento do Direito. Reforçam assim a independência funcional, legitimando e fortalecendo o exercício do poder ao dificultar o seu uso arbitrário.

Para além do sentido de proteção jurídica do Estado, Aulus Aarnio observa a expectativa de certeza jurídica também em sentido mais amplo, como uma garantia contra a arbitrariedade da autoridade judicial e em prol de uma decisão correta como seus elementos substanciais. Trata-se aqui da responsabilidade do juiz de justificar suas decisões, para maximizar o controle público sobre estas e assegurar racionalmente a existência da certeza jurídica na sociedade³⁶⁴. É, no entanto, uma espécie de via dupla de restrição e concessão de poder e autoridade. Toni M. Fine defende que o sistema do *stare decisis* restringe a liberdade judicial, na medida em que obriga a observância dos princípios e regras estabelecidos nos casos anteriores. Concede aos juízes, no entanto, maior controle sobre a interpretação e a

³⁶² SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.73-74.

³⁶³ PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. *Revista Precedente*. Cali: Icesi, 2003. Disponível em: < <http://www.icesi.edu.co/precedente>>. Acesso em: 01 mai. 2016, p.22.

³⁶⁴ AARNIO, Aulus. *Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Traduzido por: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.26-29.

aplicação das leis, na medida em que influenciam para o futuro os casos ainda não decididos³⁶⁵.

Por outro lado, para Neil Duxbury ao seguir um precedente, é ampliada a força institucional do Poder pelo ganho em confiabilidade perante a comunidade. O juiz que se abstém de constantemente formular suas próprias razões e está disposto a seguir o raciocínio dos demais, pode acumular respeito por seu compromisso que é verdadeiramente uma forma de restrição judicial. Este aspecto tenderá também a encorajar a responsabilidade judicial, de modo que os juízes tenderão a produzir suas razões com cuidado, já que sabem que podem estar deixando precedentes a serem seguidos³⁶⁶. Ao respeitar suas próprias decisões como todo unitário e coerente que deve ser, o Poder Judiciário eficiente serve de exemplo a que o cidadão também lhes respeite em benefício do convívio social pacífico.

Há ainda um ganho institucional que gera reflexos sobre a eficiência no processo, pois uma maior respeitabilidade pública confere maior autoridade às suas decisões, estimulando a observância do Direito como um todo e reduzindo conseqüentemente a necessidade de apelo ao Estado. Consoante Frederick Schauer, se consistência interna fortalece credibilidade externa, ao se minimizar a inconsistência pela padronização de decisões no ambiente decisório, é possível genericamente o fortalecer como instituição³⁶⁷.

A doutrina do precedente conduz a um processo decisório fortalecido na medida em que garante a sua eficiência. Como explica Toni M. Fine, ao invés de reconsiderar cada questão como que se nunca antes a tivesse decidido, o juiz pode concentrar-se em questões de maior importância, sobre as quais pairam ainda relevantes controvérsias. Por outro lado, quando se percebe que as partes em situações semelhantes são tratadas da mesma forma, um nível de confiança se desenvolve no sistema jurídico, revertendo-se em fortalecimento do sentimento de justiça³⁶⁸.

Não é demais refletir que as relações sociais se estruturam e se dinamizam majoritariamente pelo valor da confiança e minoritariamente na necessidade de demonstração da veracidade dos argumentos no discurso. Destaca-se assim a imprescindibilidade dos precedentes judiciais para garantir a coesão de um tecido social harmônico e o respeito institucional ao Estado. Nas palavras de Paula Pessoa Pereira, “a falta de estabilidade, que

³⁶⁵ FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v.782, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez.2000, p.91.

³⁶⁶ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.95-96.

³⁶⁷ SCHAUER, Frederick. Precedente. Traduzido por André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.81.

³⁶⁸ FINE, Toni M. *Opus citatum*, p.95-96.

pode ser atribuída principalmente à variação das decisões judiciais, associada à falta de previsibilidade, também relacionada a esta situação, dificulta a confiança do cidadão nas instituições jurídicas”³⁶⁹.

No entanto, de acordo com Evaristo Aragão Santos, o verdadeiro fortalecimento institucional da magistratura com a adesão aos precedentes judiciais se mostra porque o Poder Judiciário passa a ocupar o centro do sistema jurídico. Mais do que resolver simplesmente litígios individuais, passa a fixar pautas de condutas para a sociedade, sendo que o tempo, os recursos e a energia intelectual serão também aproveitados em tal desiderato, para desestimular a litigiosidade associada à questão jurídica padronizada³⁷⁰. A restrição de poder que confere uniformização ao Direito aplicado e coerência ao sistema judiciário reposiciona o Poder Judiciário em seu papel pacificador na sociedade e garantidor dos direitos fundamentais.

Em consequência pode ser reconhecido que a uniformização da interpretação do Direito alcançada pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes como manifestação do princípio da eficiência no processo fortalece as garantias institucionais do processo, favorecendo especialmente a independência funcional de uma magistratura livre de influências externas e alheias ao processo. Ao mesmo tempo, imprime uma maior funcionalidade ao sistema judicial como um todo, resposta esta conferida à sociedade que a permite estabelecer e manter a confiança no Poder Judiciário e o respeito às suas decisões nas lides solucionadas.

4.2.2 Superação do precedente vinculante na adequação ao desenvolvimento do Direito em evolução

Na medida em que a adoção de um sistema de precedentes vinculantes tende a uniformizar a interpretação da norma jurídica nas decisões do Poder Judiciário, estabilizando a percepção do fenômeno jurídico, é necessário indagar se esta aplicação do princípio da eficiência no processo pode engessar ao atrofiar o desenvolvimento do Direito.

A questão é pertinente, pois, segundo Aulus Aarnio, o conteúdo do sistema jurídico deve lograr um equilíbrio de dois objetivos que apontam em direções opostas: a estabilidade e a flexibilidade. O primeiro serve à continuidade, à isonomia dos cidadãos

³⁶⁹ PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.55.

³⁷⁰ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.189-190.

perante a lei e permite que as relações sociais possam ser antecipadas. O segundo diz respeito à necessidade do Direito de se ajustar às mudanças aceleradas por que passa a sociedade³⁷¹. Nas palavras de Júlio César Rossi, “segurança jurídica não significa impedir a oxigenação das decisões judiciais, impondo a aplicação de julgados de forma matemática e uniforme para todo e qualquer caso, para todo o sempre”³⁷².

Um caminho possível de analisar o problema passa pela visão da ciência de Karl Popper, para quem a lógica da descoberta científica não deveria se identificar com o método indutivo, pois a circunstância de serem observados inúmeros eventos singulares em um determinado sentido não autorizaria logicamente a se concluir que efetivamente nunca pudesse existir nenhum evento singular em sentido contrário. Para ele, no plano lógico, não haveria “justificativa no inferir enunciados universais de enunciados singulares, independentemente de quão numerosos sejam estes; com efeito, qualquer conclusão colhida desse modo sempre pode revelar-se falsa”³⁷³.

Tal raciocínio é plenamente justificável: enquanto a veracidade de um enunciado universal pressupõe, em face desta sua própria natureza, que a regra seja sempre aplicável a todas as hipóteses possíveis em seu universo, a falsidade demanda a existência de ao menos um exemplo que contrarie tal regra. Por outro lado, por maior que seja a amostragem, não é possível, diante dela, por si só, afirmar a inexistência de algum contraexemplo. Não há, portanto, como se inferir logicamente um enunciado universal a partir do resultado da observação de enunciados singulares. Este é o problema da indução em Karl Popper, ou ainda, o problema do método indutivo como demarcação ou distinção entre ciência e não-ciência, no qual é questionada a própria verdade dos enunciados universais que pode ser obtida com base na experiência, o que pode ser aplicado à problematização da forma de produção e estabilização dos precedentes judiciais.

É possível concluir que, uma vez que um sistema apenas é reconhecido como científico se passível de comprovação pela experiência, o seu critério de demarcação não poderia ser o da verificabilidade, mas sim o da falseabilidade. Ao invés da possibilidade de uma prova definitiva da validade de um sistema científico, Karl Popper passou a exigir somente: “que sua forma lógica seja tal que torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema

³⁷¹ AARNIO, Aulus. *Lo racional como razonable*: um tratado sobre la justificación jurídica. Traduzido por: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.32-33.

³⁷² ROSSI, Júlio César, O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, ano 37, v.208, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012, p. 206.

³⁷³ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Traduzido por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 27-28.

científico empírico”³⁷⁴. Esta perspectiva inverte a lógica da descoberta científica, na medida em que denuncia o caráter sempre provisório ou conjectural do conhecimento científico, cuja sustentação seria tão consistente quanto maior fosse a sua resistência aos testes de falseabilidade ou refutação. A impossibilidade de exposição a tais testes evidenciaria o caráter não científico da teoria.

A possibilidade de sujeitar-se à falseabilidade, ou seja, a própria condição mesma (de demarcação) do conhecimento científico, significaria em Karl Popper a abertura de determinada teoria à crítica. O método da ciência consistiria em tentativas experimentais para resolver os problemas por conjecturas, que, por seu turno, seriam controladas pela crítica. Trata-se assim de um desenvolvimento crítico consciente do método de “ensaio e erro”³⁷⁵. Noutros termos, pode ser dito que é a constante tensão crítica entre o conhecimento nunca assentado, porque conjectural, e as correspondentes e infinitas refutações, que lhe são apresentadas, que confere dinamicidade à ciência.

No espaço de um sistema de precedentes vinculantes, torna-se imprescindível, portanto, a abertura para a crítica e a refutação. O desenvolvimento da ciência do Direito, inclusive e principalmente no que se refere à interpretação da norma jurídica, especialmente aquelas com conteúdo a densificar, pressupõe a discussão e a crítica constante para o seu aprimoramento. Se atribuir o caráter aberto a uma norma jurídica fosse uma simples delegação ao Poder Judiciário para preencher este conteúdo com caráter de definitividade, não haveria sentido no próprio repasse de competência, sendo mais funcional que o próprio Poder Legislativo já o fizesse. Pelo contrário, é exatamente a necessidade de constante atualização valorativa que justifica a técnica legislativa em comento, razão pela qual a crítica se mostra imprescindível ao seu desenvolvimento.

Nesta mesma linha de argumentação, Karl Popper afirmou que: “a objetividade da ciência não é uma matéria dos cientistas individuais, porém, mais propriamente, o resultado social de sua crítica recíproca, da divisão hostil-amistosa de trabalho entre cientistas, ou sua cooperação e também sua competição”³⁷⁶. Este último raciocínio pode ser interpretado, inclusive, como parte da crítica do autor ao positivismo, quando este aponta a necessidade da neutralidade do cientista como condição de objetividade da ciência. Pode ser ainda observada uma aplicação analógica da teoria evolutiva darwiniana no desenvolvimento científico, uma

³⁷⁴ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Traduzido por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 42.

³⁷⁵ *Idem*. *A lógica das ciências sociais*. 3.ed. Traduzido por Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16.

³⁷⁶ POPPER, Karl. *A lógica das ciências sociais*. 3.ed. Traduzido por Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 23.

vez que apenas sobreviveriam conjecturas mais resistentes às refutações impostas pelo ambiente, não apenas cooperativo, mas também competitivo, da comunidade científica.

Se os indivíduos em sociedade dispõem desse potencial de liberdade pelo desenvolvimento da ciência baseado na crítica – processo este dinâmico e contínuo, não é possível prever a expansão do conhecimento científico. Logo, passam a ser inaceitáveis as doutrinas que busquem qualquer condicionamento do homem a padrões históricos e engessados. Não há como se advogar teoricamente, dessa maneira, uma vedação peremptória à discussão das teses em torno da interpretação do conteúdo de determinada norma jurídica pelos diversos órgãos jurisdicionais.

Sendo assim e retornando à assimetria dos enunciados universais, não é possível se inferir logicamente um evento futuro como resultado da observação de eventos singulares passados. Aliás, como destacou quanto às ciências sociais, é também claro que: “a consciência de existirem tendências capazes de produzir um evento futuro e, mais do que isso, a consciência de que a previsão mesma pode exercer influência sobre os acontecimentos previstos é suscetível de provocar repercussões no conteúdo da previsão”³⁷⁷. Dessa forma, reconhecia a influência que o indivíduo proporciona na realidade histórica que lhe cerca, deixando assim de ser um sujeito passivo de um determinismo histórico. A consciência do papel fundamental da crítica para o desenvolvimento científico faria recusar a autoridade e a tradição como fontes definitivas e acabadas do conhecimento, o que se aplica ao fenômeno jurídico no que tangencia à adoção de precedentes judiciais vinculantes.

Para Karl Popper, embora sem a tradição o conhecimento fosse impossível, na medida em que boa parte do quanto aprendido o é justamente por intermédio de exemplos passados, todo o conhecimento tradicional estaria sempre aberto ao exame crítico³⁷⁸. Nenhum conhecimento científico seria definitivo e não existiria uma verdade manifesta, fosse ela alcançável pelo poder de intuição intelectual, em René Descartes, fosse pelo poder de percepção dos sentidos, na concepção de Francis Bacon, porque, em uma e outra hipótese, ambos apenas estariam substituindo a antiga autoridade da Bíblia ou de Aristóteles pela nova autoridade do intelecto ou dos sentidos³⁷⁹. Na realidade, todo o conhecimento estaria apoiado exatamente, não na autoridade de uma fonte, mas sim na resistência das teses às tentativas cada vez mais sofisticadas e complexas de refutação.

³⁷⁷ POPPER, Karl. *A miséria do historicismo*. Traduzido por Octany S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980, p. 14.

³⁷⁸ *Idem*. *Conjecturas e refutações*. Traduzido por Benedita Bettencourt. Lisboa: Almedina, 2006, p. 49.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 33-34.

Na seara do Direito o pensamento de Karl Popper pode, por um lado, proporcionar a reflexão em relação à própria prevalência da autoridade das fontes, entre as quais especialmente se destaca aqui os precedentes vinculantes. Por outro lado, como já explanado em outra oportunidade, pode convidar à rejeição do comodismo intelectual pelo intérprete do Direito, uma vez que este deve, ao invés, reconhecer o caráter sempre conjectural e provisório do saber jurídico, enquanto conhecimento científico que se apresenta. O Direito evolui por uma abordagem de caráter crítico, em que os fundamentos de novas postulações refutam os posicionamentos jurisdicionais outrora sedimentados, ensejando novas teses jurídicas que, por sua vez, ajustam, adequam e atualizam a interpretação da norma aos novos fatos e valores decorrentes da realidade concreta³⁸⁰.

Para cada entendimento consolidado pela jurisprudência, a parte que é por ele prejudicada, tendo a oportunidade e os meios necessários, recorrerá a teses cada vez mais complexas e refinadas para sua refutação direta. Poderá também justificar que aquele caso atual se distingue da hipótese que derivou o entendimento pacificado ou ainda aduzir que transformações na sociedade modificaram o conteúdo do Direito. Nas palavras de Rudolf Von Ihering, ainda em 1872, “o direito é como Saturno devorando seus próprios filhos; não pode remoçar sem fazer tábua rasa de seu próprio passado”³⁸¹.

A argumentação jurídica é dinâmica e as suas possibilidades de desenvolvimento, como em qualquer ciência, são infinitas. Sendo assim, a solução de cada problema possui em si, ainda que de forma implícita e latente, o germe de novos e maiores problemas, já que a atividade jurisdicional existe em razão do conflito. A complexidade crescente de teses e litígios é uma decorrência lógica da natureza crítica do desenvolvimento de qualquer ciência. É a tensão crítica permanente entre o conhecimento conjectural e as suas inúmeras refutações que confere dinamicidade à ciência. No terreno das decisões jurisdicionais, é imprescindível, portanto, a abertura para a crítica e a refutação.

No direito constitucional, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais, esta situação adquire ainda maior relevo. A norma constitucional, como defendia Ferdinand Lassalle desde o Século XIX, não tem valor e nem é durável se contrariar

³⁸⁰ LUDWIG, Guilherme Guimarães. O método em Karl Popper e o fenômeno da mutação constitucional: uma crítica à súmula vinculante. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; GORDILHO, Heron; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. *Metodologia da pesquisa em direito*. v.V. Salvador: Paginae, 2013, p.151.

³⁸¹ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Traduzido por João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 30.

os fatores do poder que vigem na realidade social³⁸². Para Konrad Hesse, por outro lado, em uma concepção mais contemporânea, a consolidação e a preservação da *força normativa da Constituição* estão presentes na interpretação que não apenas depende do conteúdo, mas também de sua práxis. Sendo a eficácia da Constituição condicionada pelos fatos concretos da vida, tais não podem ser desprezados no processo de interpretação. Pelo contrário, as condicionantes reais devem ser correlacionadas com os enunciados normativos da Constituição, buscando-se a interpretação adequada que concretize, de forma excelente, o sentido do enunciado dentro das condições reais dominantes numa determinada situação³⁸³.

Trata-se assim de um processo contínuo de retroalimentação, pelo qual a Constituição, como texto político maior, molda e disciplina a sociedade, enquanto esta fornece os elementos de fato e de valor necessários ao preenchimento das normas constitucionais de textura aberta, atualizando o seu sentido e alcance. Em uma via de mão dupla, pode-se concluir que a norma conforma e é conformada pela realidade concreta a cada momento histórico, circunstância dinâmica que se traduz no fenômeno da mutação constitucional³⁸⁴. Há uma postura metodológica de ruptura com o dogma positivista da identificação entre Direito e norma jurídica e a rígida separação entre este primeiro e o contexto fático-valorativo. Apenas em uma visão pós-positivista de superação e quebra de paradigmas, é possível interpretar o sentido para o enunciado de uma determinada norma constitucional no interior das condições fáticas e reais de um determinado momento histórico e social.

A legitimidade da mutação constitucional se encontra na tensão e no equilíbrio entre a plasticidade das normas constitucionais, sempre adaptáveis aos novos tempos e às novas demandas, e a rigidez da Constituição, enquanto meio de preservação da estabilidade da ordem constitucional e da segurança jurídica³⁸⁵. A predominância das cláusulas abertas, embora demonstrativa da possível provisoriedade interpretativa, não induz à conclusão da instabilidade do texto normativo; pelo contrário, lhe assegura justamente a perenidade pela

³⁸² LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9.ed. Tradução original de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p.47.

³⁸³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.22-23.

³⁸⁴ Buscando-se uma delimitação conceitual, pode-se adotar que a mutação constitucional significa uma alteração do significado da norma constitucional, sem a observância do mecanismo previsto de emenda e sem que tenha havido modificação em seu texto. Os novos sentido e alcance podem ser decorrência, tanto de uma mudança da realidade, quanto de nova percepção do Direito, sempre, contudo, devendo estar respaldados por uma efetiva demanda social por parte da coletividade. Conferir BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148-149.

³⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

sua efetiva correspondência com a realidade. Os limites da mutação constitucional encontram-se no texto, pois é o programa normativo (o enunciado da norma) a instância que decide se a alteração fática é ou não relevante, vale dizer, se pertence ao âmbito normativo (a realidade em suas circunstâncias)³⁸⁶. A adequação dialética entre programa e âmbito normativos não devem contrariar os princípios estruturais (políticos e jurídicos)³⁸⁷. Para Konrad Hesse, tal garantia não representa um limite da capacidade de adaptação da norma ao ponto de impedir a assimilação da mudança histórica e a preservação de sua continuidade. Em verdade, as dificuldades derivadas de tal limite poderiam impor a reforma normativa, proporcionando a clareza da Constituição e intensificando a sua força³⁸⁸.

Retornando e apropriando-se da lição de Karl Popper, é possível concluir que este processo de verdadeira e constante atualização do texto constitucional ou ainda das demais normas infraconstitucionais de caráter aberto pode ser reconhecido como uma faceta da própria dinâmica contínua do desenvolvimento do conhecimento científico. As normas de direito constitucional, em função desta maior capacidade de absorção da influência da realidade social – vale dizer, pelo seu caráter aberto – são suscetíveis a uma maleabilidade interpretativa diferenciada, o que deve ser observado pelo intérprete como uma nota de um saber jurídico nunca definitivo, mas sim com potencial de constante e necessária atualização.

O próprio conteúdo do princípio de acesso à Justiça na realidade brasileira, por exemplo, reclamou atualização ao longo das duas últimas décadas. No contexto histórico do início do processo de redemocratização da sociedade brasileira – ainda à época da promulgação da Constituição de 1988 –, a concretização desta norma cobrava uma interpretação diferenciada do ingresso em juízo, como forma de resgate da cidadania. Na atualidade, inversamente, o aumento da litigiosidade e do congestionamento no Poder Judiciário é que pode representar grave ameaça ou obstáculo à concretização do próprio direito fundamental de acesso à Justiça, compreendido aqui não apenas como o mero ajuizamento de uma ação, mas sim com o acesso a uma ordem jurídica justa ou o acesso efetivo à tutela jurisdicional, pautado pelo princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual.

³⁸⁶ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166-169.

³⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Alameda, 2003, p. 1229.

³⁸⁸ HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 170.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a questão dos precedentes se situa justamente em meio à tensão entre as necessidades de que o Direito seja estável, garantindo previsibilidade de um lado, e capaz de se transformar, apresentando adaptabilidade de outro³⁸⁹. Neste ponto, cabe a advertência de Sergio Chiarloni, para quem a cristalização da jurisprudência pela obediência aos precedentes que vem do passado, em contrariedade ao novo que se afirma na sociedade, antes de um acréscimo poderia representar uma diminuição na credibilidade e na autoridade da magistratura³⁹⁰.

Com base neste conflito de valores, Neil Duxbury observa que a doutrina dos precedentes proporciona simultaneamente constrangimento e criatividade. Se os precedentes vinculassem de forma absoluta, haveria muito pouca capacidade e oportunidade de desenvolver o Direito. Se, entretanto, os juízes pudessem ignorar os precedentes por completo, a doutrina não existiria em qualquer sentido³⁹¹. Quando se exige que a decisão do Poder Judiciário enxergado como sistema, de acordo com a aplicação do princípio da eficiência no processo, apresente o seu maior rendimento possível, isto não significa unicamente ou preferencialmente um ganho de produtividade em termos numérico-quantitativos. Prestação jurisdicional não se entrega (ou não se deve entregar) em linha de produção em série.

Pelo contrário e de forma preponderante, ela deve qualitativamente acolher o que deseja a sociedade na justa proporção das necessidades coletivas, atendendo às peculiaridades e especificidades de cada caso concreto que seja posto à apreciação do Poder Judiciário, sem que haja o engessamento do desenvolvimento do Direito. Destaque-se, neste ponto, a ponderação de Sérgio Cabral dos Reis, para quem, se por um lado a consolidação de um sistema de precedentes pode diminuir o número de demandas, também é necessária cautela para que eles não se tornem apenas discursos de autoridade desconectados da realidade. O objetivo do Poder Judiciário deve ser “deslocado da multiplicação industrial das estatísticas de processos para a adequada e efetiva tutela dos direitos, realizando escopos metaprocessuais por intermédio de técnicas, que, no plano dos fatos, tenham aptidão para modificar, positivamente, a vida dos cidadãos”³⁹².

³⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.15.

³⁹⁰ CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.1, ano XLIII, Milão: Giuffrè, mar.1989, p.129.

³⁹¹ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p.27.

³⁹² REIS, Sérgio Cabral dos. Da recepção do Sistema de precedentes do CPC/2015 ao fortalecimento das ações coletivas rumo a uma tutela jurisdicional eficaz: encontros e desencontros dos sistemas de resolução de litigância

O próprio sistema de precedentes então conta com mecanismos que impedem o engessamento da produção do Direito. Para Daniel Mitidiero, considerando a necessidade de desenvolvimento do Direito, tendo em vista o desgaste da dupla coerência do precedente – congruência social e consistência sistêmica – são previstas técnicas de superação (*overruling*), inclusive parcial: pela sua transformação (*transformation*), considerando aspectos fático-jurídicos não originariamente considerados; ou pela reescrita (*overriding*), com a redefinição do âmbito de incidência.

Para que seja, no entanto, preservada a proteção da confiança e mantida a igualdade de todos perante a ordem jurídica, muitas vezes a alteração do precedente é sinalizada (*signaling*) pela corte, sem distinção ou superação. Outra maneira é projetar a eficácia da alteração do precedente para o futuro (*prospective overruling*), tendo em conta a maior ou menor densidade das normas aplicadas e a maior ou menor abertura semântica do texto, como condicionantes de maior ou menor confiança na concretização judicial³⁹³.

Em outras palavras, a solução de cada litígio deve estar em absoluto compasso com os valores e a realidade concreta que preenchem de sentido cada norma, pois, do contrário, a própria realização do Direito passa a carecer de legitimidade, o que ameaça de grave lesão os alicerces do Estado Democrático de Direito. O julgar eficiente é, em última análise, o instrumento de realização do Direito justo. Não pode logicamente se alicerçar no cerceamento da evolução natural do Direito e, conseqüentemente, da própria exposição contínua do conhecimento científico à crítica.

Ao se reconhecer o processo contínuo de retroalimentação das normas jurídicas abertas, é evidente que o estabelecimento de uma interpretação definitiva do seu texto em muito dificulta ou simplesmente impede os reflexos fáticos e valorativos proporcionados pela sociedade e necessários à atualização das normas. Em consequência, este descompasso tende paradoxalmente a enfraquecer a própria estabilidade da ordem jurídica, em prejuízo direto da pacificação da tensão, do princípio da segurança jurídica e conseqüentemente do Estado Democrático de Direito. O instrumento então estaria sobrepujando a própria finalidade a que ele se destina, em um raciocínio carente de mínima motivação lógica.

A aplicação do princípio da eficiência como vetor da norma processual pressupõe o ajuste dos precedentes vinculantes, conformadores e conformados pela realidade concreta a cada momento histórico pelas técnicas de superação, para que haja realmente uma afinação

de massa no Brasil. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLETT, Estevão (coord.). *Processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.535.

³⁹³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, v.206, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p. 73-75.

precisa entre as normas jurídicas, de um lado, e os anseios da sociedade, de outro, especialmente quanto à concretização de direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente garantidos.

5 CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

1. Na tradição romano-germânica, no Estado Liberal, o Direito foi reduzido à lei, sua fonte formal por excelência. A atividade do juiz de declaração do Direito consistia então na aplicação de um raciocínio dedutivo de subsunção do fato individual e concreto à norma geral e abstrata para revelação da solução da pendência judicial. Prevaleceu a ideia do princípio da segurança jurídica guarnecido nos estritos termos da produção do Poder Legislativo. Tratava-se, todavia, de apenas um dos caminhos possíveis e efetivamente adotado para alcançar tal desiderato naquela tradição jurídica, por motivos de melhor adequação nas específicas circunstâncias históricas que embasaram a cultura jurídica na conjuntura verificada.
2. As condições históricas específicas das ilhas inglesas acarretaram uma conjuntura completamente distinta da vivenciada na Revolução Francesa no continente, especialmente considerando que o fortalecimento monárquico inglês não acarretou poderes absolutos ao soberano, bem assim que a magistratura de então era uma força de contenção dos abusos do governo. Inexistindo desconfiança quanto aos juízes e se mantendo os costumes como fonte preferencial do Direito, o valor da segurança jurídica na *common law* não seria estritamente dependente da observância dos rigorosos termos dos enunciados da lei em sentido estrito, mas sim da construção de um direito jurisprudencial por intermédio dos precedentes judiciais.
3. A relativa independência do Direito quanto à fonte formal representada pela lei geral e abstrata é fator que favorece a técnica casuística, centralizada nos fatos das causas sobre os quais se adaptam princípios fundamentais. O precedente judicial é formado então a partir essencialmente da matéria fática relevante, examinada pelo juiz e determinante para a decisão. O desenvolvimento do Direito avança assim gradativamente com base em um método indutivo de percepção do fenômeno jurídico, aplicado em decisões judiciais singulares no caso concreto, o que garante o princípio da segurança jurídica na dinâmica dos efeitos retrospectivos e prospectivos dos precedentes.
4. O advento do Estado Democrático de Direito, na medida em que mitiga a supremacia da vinculação estrita à lei e afasta o seu monopólio no campo das fontes do Direito, aproxima do mesmo modo, neste particular, o juiz da tradição romano-germânica daquele atuante na tradição da *common law*, ao engrandecer o papel das decisões judiciais como elementos garantidores da segurança jurídica. Este fenômeno demanda o advento de um novo paradigma para a teoria geral do Direito, que reflita os reclames da força vinculante das Constituições sobre o ordenamento jurídico e sobre a própria atividade do Poder Judiciário.

5. Na medida em que se passa a reconhecer força normativa aos princípios e cada vez mais a se editar regras com conteúdo a ser densificado pelo intérprete no processo argumentativo, esta descentralização da produção do Direito traz a necessidade de repensar mecanismos que confirmem a segurança jurídica outrora representada pela vinculação aos termos literais da lei. Se o equilíbrio entre racionalidade e correção na perspectiva de estabilidade da ordem jurídica e integridade do Direito pode ser alcançado pela uniformização nas decisões judiciais, se faz necessário identificar uma base constitucional processual teórica que da qual se extraia o caráter vinculante do precedente judicial nesta tradição jurídica. Para que os precedentes judiciais adquiram caráter vinculante na tradição romano-germânica, além da alteração legislativa, é necessário que se encontre um fundamento constitucional processual no Estado Democrático de Direito que funcione como vetor da norma neste sentido, independente da tradição em que esteja inserto o sistema jurídico em questão.

6. Com o Estado Social de Direito, foram multiplicados os órgãos da Administração Pública, além da criação de entidades para atuação em alguns setores da economia, em atividades variadas, específicas e complexas que passavam a ser absorvidas pelo Estado. Esta nova configuração passou a requerer a conciliação estas as múltiplas atividades do Estado com os direitos e garantias individuais constitucionais. Na atual quadra da tradição romano-germânica, as mudanças no Estado e nas instituições econômicas e sociais fragilizaram a separação entre direito público e direito privado, que, por seu turno, se encontram em processo de reformulação, em busca de nova definição. No campo específico do direito administrativo, os novos influxos do setor privado podem influenciar em um direcionamento da atuação estatal para a concretização de direitos fundamentais e a democratização do acesso à Administração, inclusive com a absorção de conceitos e institutos próprios de países da *common law*.

7. A racionalidade de métodos e procedimentos destinados à otimização de resultados se encontra direta e imediatamente vinculada ao atendimento dos interesses de toda a sociedade, da melhor forma possível, em direção ao respeito ao Estado Democrático de Direito. Embora seja reconhecida a inadequação conjuntural do discurso que sustentou a positivação do princípio da eficiência administrativa no Brasil por força da Emenda Constitucional 19, em comparação com as condicionantes da mitigação da separação entre direito público e direito privado nos países da tradição romano-germânica e da própria crise do Estado de Social de Direito, é ainda assim possível tentar construir um significado jurídico para o conceito de eficiência que transcenda aos vícios de formação e que permita efetivamente a concretização de direitos fundamentais.

8. No contexto da reformulação na relação entre direito público e direito privado nos países da tradição romano-germânica, o princípio da eficiência administrativa deve ser reconhecido como um vetor da Administração Pública para uma gestão de resultados, direcionados inequivocamente à melhor consecução do interesse público e da ótima prestação do serviço público em prol da concretização dos direitos fundamentais do cidadão. Nas democracias modernas das tradições ocidentais é possível assim concluir que esta característica do agir estatal é transcendente ao texto positivado. A sociedade não delega aos seus representantes poder para que realizem menos do que o máximo possível e alcançável na satisfação do interesse do indivíduo e da coletividade diante das possibilidades fáticas e jurídicas.

9. A eficiência não pode significar nenhuma amplitude de ação para o agente público, mas sim uma postura de interpretação em direção a uma gestão de resultados. Trata-se de identificar o que instrumentalmente seja mais adequado a garantir a finalidade característica do setor público, circunstância esta que pode representar um fator de sindicabilidade. Existe assim a possibilidade efetiva de controle sobre o agir eficiente, o que deve levar em conta uma apreciação complexa entre os vários interesses envolvidos, sob a ótica fundamental finalística que aponte em direção à efetiva realização do interesse público envolvido. A racionalidade da atuação deve tender sempre a concretizar da forma mais próxima possível a conduta que melhor atenda a esta necessidade.

10. Se o mérito administrativo no ato discricionário passa a se ater aos princípios constitucionais, substituindo a dicotomia entre atos vinculados e discricionários por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, o princípio da eficiência administrativa se apresenta como critério de sindicabilidade deste novo parâmetro de poder discricionário. No exame da conveniência e da oportunidade em favor da sociedade, se trata de avaliar se o agente público potencializou, na maior medida possível, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atenda ao interesse público, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto e considerando a coerência na atuação da Administração Pública.

11. O princípio da segurança jurídica rejeita a frustração das expectativas da sociedade, tanto em relação ao cumprimento dos comportamentos regradados, quanto na atuação do Estado de forma eficiente em prol de resultados úteis. Logo, a certeza do cidadão quanto a uma resposta eficiente do aparato estatal também é materialização da segurança no Direito, em sua conexão com o princípio da confiança na Administração. Não há falar rigorosamente em nenhuma espécie de dicotomia entre os princípios da eficiência administrativa e da

segurança jurídica, se mostrando perfeitamente cabível a eleição daquele primeiro como autêntico fator de sindicabilidade das condutas estritamente vinculadas.

12. No Estado Democrático de Direito, a concretização do direito fundamental ao acesso à Justiça se requalifica para envolver o equilíbrio das garantias processuais constitucionais sob a luz do princípio da eficiência administrativa como vetor de interpretação da norma processual, assegurando um direcionamento à instrumentalidade como meio que permita um processo de resultados. Garantir acesso à Justiça requer, neste enfoque, que o Poder Judiciário atue pautado em padrões de funcionalidade e coerência, emanados estes diretamente do princípio constitucional da eficiência, em sentido de concretizar direitos e garantir a segurança jurídica.

13. Embora não esteja vinculado a um rol exaustivo de regras procedimentais, o juiz sempre estará limitado pelo núcleo essencial de garantias processuais mínimas e ao próprio dever constitucional de motivação das decisões, além das regras da proporcionalidade e da razoabilidade, conjunto este que reflete, em última análise, as normas informadoras da tutela constitucional do processo. Tal caminho argumentativo o conduzirá, em termos práticos, à solução mais eficiente em cada caso concreto, conforme as suas possibilidades fáticas e jurídicas. Deste modo, não haverá propriamente liberdade decisória, mas apenas uma vinculação à juridicidade em grau mais reduzido e fluido, para, com base na aplicação do princípio da eficiência, ser assegurada a segurança jurídica, prestando a tutela mais adequada a cada interesse perseguido em juízo, segundo a concretização de um processo justo.

14. A interpretação e a aplicação do direito em concretização à eficiência no processo não pode se circunscrever exclusivamente ao *locus* interno das lides individuais ou coletivas unitariamente consideradas, pois a maximização de resultados particulares não necessariamente converge à maximização de resultados gerais. O olhar reflexivo na construção racional da argumentação implica em que devam ser consideradas as decorrências sistêmicas das decisões judiciais, levando em conta o próprio Poder Judiciário como um todo unitário, enquanto uma instituição coerente no exercício da jurisdição de modo eficiente. A prestação jurisdicional há de se mostrar assim eficiente em dois planos: seja como unidade no caso concreto, seja enquanto emanção de um sistema que traduza a própria unidade do Poder Judiciário em suas decisões, na construção de uma linguagem específica e voltada à sociedade em geral.

15. Enquanto sistema, a funcionalidade do Poder Judiciário deve pressupor coerência pela uniformidade do melhor resultado possível diante de casos concretos que se mostrem idênticos ou semelhantes, de modo que seja estabilizado o Direito vigente e interpretado e

consequentemente seja reduzida a judicialização dos conflitos, ao tempo em que é estimulada a solução extrajudicial de composição. Há um efeito virtuoso circular, pelo qual a eficiência aplicada ao processo em sua perspectiva sistêmica favorece a segurança jurídica nas relações de direito material, o que, por seu turno, reduz a necessidade de acessar o Poder Judiciário, incrementando a eficiência no âmbito processual.

16. Diante da premissa da funcionalidade estatal em um Estado Democrático de Direito, ao Poder Judiciário cabe a realização do máximo possível e alcançável na satisfação do interesse de cada indivíduo e da coletividade diante das circunstâncias do caso. É insuficiente que em determinado processo, unitariamente considerado, sejam aplicadas as técnicas e procedimento mais idôneos ao melhor resultado na entrega da prestação jurisdicional no caso concreto mediante um processo justo. Para que se observe a mais ampla concretização do princípio da eficiência, também será necessário um resultado estabilizado em relação aos demais processos, conferindo não apenas efetividade individual, mas segurança do direito discutido para toda sociedade com alicerce na coerência do sistema. A adoção de um sistema de precedentes vinculantes se mostra então como uma manifestação necessária do princípio da eficiência aplicado ao processo.

17. Não há colisão entre um sistema de precedentes vinculantes, sustentado pelo princípio constitucional da eficiência, e o princípio da independência da magistratura, na medida em que este pressupõe a vinculação do juiz em relação às fontes reconhecidas pelo sistema. Pelo contrário, uma vez reconhecidos no ordenamento jurídico como fonte do Direito e exatamente pelo caráter de generalidade das normas por eles criadas, os precedentes vinculantes não abrem nenhuma margem ao exercício de influências e interesses internos e externos, estranhos ao regular cumprimento do Direito. Reforçam assim a independência funcional, do mesmo modo que também legitimam e fortalecem o exercício do poder ao dificultar o seu uso arbitrário.

18. A uniformização da interpretação do Direito alcançada pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes como manifestação do princípio da eficiência no processo fortalece a confiança no aparato judicial. Ao respeitar suas próprias decisões como todo unitário e coerente que deve ser, o Poder Judiciário eficiente serve de exemplo a que o cidadão também lhes respeite em benefício do convívio social pacífico. Há ainda um ganho institucional que gera reflexos sobre a eficiência no processo, pois uma maior respeitabilidade pública confere maior autoridade às suas decisões, estimulando a observância do Direito como um todo e reduzindo consequentemente a necessidade de apelo ao Estado.

19. Ao se reconhecer o processo contínuo de retroalimentação das normas jurídicas

abertas, o estabelecimento de uma interpretação definitiva do seu texto em muito dificulta ou simplesmente impede os reflexos fáticos e valorativos proporcionados pela sociedade e necessários à atualização das normas. Em decorrência, tende a enfraquecer a própria estabilidade da ordem jurídica, em prejuízo direto da pacificação da tensão, do princípio da segurança jurídica e conseqüentemente do Estado Democrático de Direito, sendo que o instrumento então estaria sobrepujando a própria finalidade a que ele se destina, em um raciocínio carente de mínima motivação lógica.

20. A aplicação do princípio da eficiência como vetor da norma processual pressupõe o ajuste dos precedentes vinculantes, conformadores e conformados pela realidade concreta a cada momento histórico pelas técnicas de superação, para que haja uma afinação precisa entre as normas jurídicas, de um lado, e os anseios da sociedade, de outro, especialmente quanto à concretização de direitos fundamentais e dos valores constitucionalmente garantidos.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulius. *Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica*. Traduzido para o espanhol por: Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2.ed. Traduzido por Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica de tradução por Claudia Toledo. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria geral do direito administrativo: temas nucleares*. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.375-381.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. *O novo juiz e a administração da justiça: repensando a seleção, a formação e a avaliação dos magistrados no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multilateral. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.383-397.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fòrum, 2014.

BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2008.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Traduzido por Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Marco Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A justiça do trabalho e a reforma do judiciário. In: CHAVES, Luciano Athayde (org.). *Direito processual do trabalho: reforma e efetividade*. São Paulo: LTr, 2007, p. 97-113.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

_____. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

_____. *Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/_lei-principal.htm>. Acesso em: 01 mai. 2016

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno. ADI 3.367/DF. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 13.04.2005. DJ 17.03.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.3-42.

CASSESE, Sabino. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3.ed. Corso di diritto amministrativo. v.1. Milão: Giuffrè, 2009.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. *Desvio de conduta na administração pública*. 1995. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, 1995, 135 f.

CHEVALLIER, Jacques. *El Estado posmoderno*. Traduzido para o espanhol por Oswaldo Pérez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CHIARLONI, Sergio. Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.1, ano XLIII, Milão: Giuffrè, mar.1989, p.118-148.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. Traduzido por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do direito*. 31.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um análisis metateórico. Traduzido para o espanhol por Miguel Carbonell. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.75-98.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004.

_____. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. *Revista de Processo*, ano 29, n.116. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./ago. 2004, p. 97-158.

COMUNIDADE EUROPEIA. *Código de boa conduta administrativa: relações com o público*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. *Revista Lex*, v.63, São Paulo: Lex, jan./fev.2003, p.28-57

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 9.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, ano 39, v.233, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.2014, p. 65-84.

D’AMICO, Pietro. *Common law*. Torino: Giappichelli, 2005.

DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão política da administração pública: neoconstitucionalismo, democracia e procedimentalização*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.8, novembro/dezembro, 2006/janeiro, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 10.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v.I. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos processuais fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O império da lei*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6.ed. Traduzido por João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bolonha: Il Mulino, 2007.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Traduzido por Candice Premaor Gullo; revisão de tradução por Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del estado de derecho. Traduzido para o espanhol por Pilar Allegue. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.13-29.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 8.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. *Revista dos Tribunais*, ano 89, v.782, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez.2000, p.90-96.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e direito fundamental à boa administração*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do poder político*. Barueri: Manole, 2003.

GALDINO, Flavio. Imparcialidade judicial. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATOAKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Traduzido por Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *The Yale Law Journal*, v.40, n.2, dez. 1930, p.161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Traduzido por Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. Limites da mutação constitucional. Traduzido por Inocêncio Mártires Coelho. In: ALMEIDA, Carlos dos Santos; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires (org.). *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147-171.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Traduzido por João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Traduzido por João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOSSMANN, Edson Luís. *A constitucionalização do princípio da eficiência na administração pública*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Traduzido por José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9.ed. Tradução original de Walter Stöner. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, agosto/setembro/outubro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: Introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Traduzido por Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUDWIG, Guilherme Guimarães. Legalidade e Eficiência a Administração Pública. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, Escola Judicial, ano 3, n.5, dezembro, 2014, p.81-91. Disponível em: <<http://escolajudicial.trt5.jus.br>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. O método em Karl Popper e o fenômeno da mutação constitucional: uma crítica à súmula vinculante. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson; GORDILHO, Heron; SANTANA JÚNIOR, Gilson Alves de. *Metodologia da pesquisa em direito*. v.V. Salvador: Paginae, 2013, p.145-158.

_____. O princípio da eficiência como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e a aplicação subsidiária e supletiva no novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Élisson (org.). *O novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2.ed. rev. ampl., e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p.129-152.

_____. *Processo trabalhista eficiente*. São Paulo: LTr, 2012.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Introduction. In: _____; _____. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p.1-15.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil: teoria geral do processo*. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo em evolução*. 2.ed. rev. atual. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 16.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.352-374.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Traduzido por Cássio Casagrande. Porto Alegre: Fabris, 2009.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3.ed. Traduzido por Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Tradução da edição portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, ano 37, v.206, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2012, p. 61-78.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Legalidade, eficiência e controle da administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MANARRA, Thiago (org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p.45-61.

_____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 4.ed. atual. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: _____. *Temas de direito processual*. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.1-13.

NICOLITT, André Luiz. *A duração razoável do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do direito administrativo*. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal Dos Direitos do Homem*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; RIBEIRO, Luiza Berlini Dornas. A litigância habitual nos juizados especiais em telecomunicações: a questão do “excesso de acesso”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 21-46, jan./jun. 2012.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, p.461-479.

PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Traduzido por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9.ed. rev. e ampl. Madrid: Tecnos, 2005.

_____. *La seguridad jurídica*. 2.ed. rev. e atual. Barcelona: Ariel Derecho, 1994.

PICARDI, Nicola. Appunti sul precedente giudiziale. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.1, ano XXXIX, Milão: Giuffrè, mar.1985, p.201-207.

PIMENTA, José Roberto Freire. A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coords.). *Justiça do trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p.259-295.

_____. A tutela metaindividual trabalhista: uma exigência constitucional. *Revista trabalhista direito e processo*, ano 7, n.28. Brasília: Anamatra; Rio de Janeiro: Forense, p. 35-71, out./dez. 2008.

_____; PORTO, Lorena Vasconcelos. Instrumentalismo substancial e tutela jurisdicional civil e trabalhista: uma abordagem histórico-jurídica. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, n.73. Belo Horizonte, p.85-122, jan./jun. 2006.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Nápoles: Jovene, 2002.

PLUCKNETT, Theodore. *A concise history of the common law*. Indianapolis: Liberty Fund, 2010.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Traduzido por Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

_____. *A lógica das ciências sociais*. 3.ed. Traduzido por Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

_____. *A miséria do historicismo*. Traduzido por Octany S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980.

_____. *Conjecturas e refutações*. Traduzido por Benedita Bettencourt. Lisboa: Almedina, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. La fuerza vinculante de la jurisprudencia en el orden jurídico colombiano. *Revista Precedente*. Cali: Icesi, 2003, p.13-43. Disponível em: <<http://www.icesi.edu.co/precedente>>. Acesso em: 01 mai. 2016.

_____. La Racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos. México: Comisión Nacional De Los Derechos Humanos, 2008, p.39-61.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Maurício Martins. As súmulas são precedentes judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 39, v.230, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2014, p. 417-437.

REIS, Sérgio Cabral dos. Da recepção do Sistema de precedentes do CPC/2015 ao fortalecimento das ações coletivas rumo a uma tutela jurisdicional eficaz: encontros e desencontros dos sistemas de resolução de litigância de massa no Brasil. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estevão (coord.). *Processo do trabalho*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.509-541.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. A reforma do poder judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n.211, jan./mar., 1998, p. 95-116.

_____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

ROSSI, Júlio César, O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. *Revista de Processo*, ano 37, v.208, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012, p. 203-240.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4.ed. Madrid: Trotta, 2009, p.123-158.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12.ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.133-201.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Traduzido por André Duarte de Carvalho e Lucas Buriel de Macêdo. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.49-86.

SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Traduzido por Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Traduzido por Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 7.ed. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUSA, António Francisco de. *«Conceitos Indeterminados» no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. 3.reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, ano 36, v.199, São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2011, p. 139-155.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Instrumentalidade do modelo processual trabalhista e efetividade da tutela jurisdicional reintegratória: concretização do direito de acesso à justiça e a reintegração no emprego. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n.52, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em 01 mai. 2016

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: quando o estado se compromete*. Traduzido por Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

VIANELLO, Elisabeta. La relatività della regola «stare decisis» nella pratica del precedente giudiziario. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. n.2, ano XLVI, Milão: Giuffrè, jun.1992, p.631-645.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.11-95.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988, p.128-135.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derecho, justicia*. Traduzido para o espanhol por Marina Gascón. 9.ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: o modelo garantista (MG) e a redução da discricionariedade judicial. Uma teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2015.