

CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL – UNIBRASIL

PEDRO HENRIQUE BRUNKEN FLORES

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES E A
REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2018

PEDRO HENRIQUE BRUNKEN FLORES

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES E A
REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação stricto sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier

Coorientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier

CURITIBA

2018

TERMO DE APROVAÇÃO

PEDRO HENRIQUE BRUNKEN FLORES

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier (UNIBRASIL)

Coorientador: Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UNIBRASIL)

Componentes: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho (UFPR)
Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem (PUC/PR)

Curitiba, 16 de março de 2018.

Aos meus pais, Ademir Flores e Karen Rosane Brunken Flores, por todo o apoio incondicionado em todos os passos da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Chega-se, enfim, ao último momento do presente trabalho. Último momento porque, como não poderia deixar de ser diferente, deixou-se para agradecer a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para essa empreitada ao final. Até o último momento, ao se colocar o ponto final na conclusão, inúmeras pessoas fizeram parte desta construção, sem as quais, por certo, os resultados aqui fixados não seriam possíveis.

Assim, pede-se licença para agora agradecer a todos pelo apoio gratuito que me foi gratamente dispendido não só nestes dois últimos anos de mestrado, mas em várias etapas da minha vida. Não se nega, ademais, a dificuldade de tal tarefa, sob pena de cometer o erro de se esquecer de alguém. De todo modo, mesmo sabendo-se deste risco, uma coisa precisa ser dita: obrigado meus amigos, obrigado minha família. Sem vocês nada disso seria possível.

Devo agradecer, todavia, de maneira muito especial:

Aos meus pais Ademir Flores e Karen Rosane Brunken Flores. Nada seria possível sem vocês. Obrigado pelo apoio em tudo, pelo carinho, pela confiança, pelo afeto. Vocês são o porto seguro no qual eu sei que sempre encontrarei onde atracar. Se existe algum significado objetivo de amor, por certo, é o que sinto por vocês. Pai e mãe, amo vocês com todas as minhas forças e com todo o meu coração.

Ao meu irmão, colega de apartamento, João Victor Brunken Flores. Obrigado, João, pelos momentos de descontração, pelas conversas maduras, mesmo com tua pouca idade. Há 18 anos atrás ganhei o maior presente da minha vida. Te amo, irmão.

Aos meus avós, tios, padrinhos e primos por entenderem minhas ausências e pela preocupação de sempre com o meu bem-estar.

À Bruna Luiza Belote, o meu amor, pelo apoio desmedido, pelas conversas quase que diárias e, principalmente, por entender o meu silêncio e minhas ausências. Bruna, *I will always be here for you.*

À minha orientadora, professora Adriana da Costa Ricardo Schier, pelos ensinamentos, conversas, orientações e apoio. Por sempre arranjar cinco minutos para “um dedo de prosa”, seja sobre o trabalho, seja sobre a vida; pela confiança depositada. O maior presente que recebi nestes dois últimos anos foi, com certeza, ter te conhecido e ter sido por ti orientado. Nem 1% deste texto seria possível sem

você. Obrigado, Adri, por tudo, especialmente pela amizade. Tenho você como exemplo a ser seguido.

Do mesmo modo, agradeço imensamente ao meu coorientador, professor Paulo Ricardo Schier. Obrigado, professor, pelos ensinamentos e pelas conversas. Com toda certeza, também, este trabalho não se concretizaria sem a sua ajuda e apoio. Torna-se difícil mensurar a admiração que sinto pelo senhor.

Ao professor Bruno Meneses Lorenzetto, pelas importantes considerações feitas já na banca de qualificação, mas principalmente por sempre estar de portas abertas para me receber, tirar dúvidas, discutir o tema, conversar sobre a vida e pela confiança depositada nestes dois últimos anos em que, eu como bolsista CAPES, tive a oportunidade de trabalhar e aprender com o senhor. Obrigado!

Da mesma forma, estendo os meus agradecimentos a todo o corpo docente do programa de mestrado do UNIBRASIL. Obrigado professores por todos os ensinamentos, dentro e fora da sala de aula.

Ao professor Daniel Wunder Hachem, por quem tenho uma grande admiração e que, mesmo antes de iniciar o mestrado, se disponibilizou a conversar comigo sobre o tema, me aceitou como seu aluno ouvinte ainda na aula de Pós-Graduação em Mafra, que me indicou bibliografia sem a qual o presente trabalho dificilmente tomaria forma. Obrigado, professor!

Às meninas da secretaria do mestrado, Rafaela e Giselle, o meu muito obrigado pela disponibilidade sempre para resolver os “problemas” que surgiam e pelas conversas descontraídas nas tardes em que escrever se tornava difícil.

Ao Marcelo Paulo Wacheleski, professor, eterno orientador e amigo-irmão. Obrigado Marcelo por ter me incentivado, já no início da graduação, a seguir o caminho da academia. Seu apoio foi fundamental para chegar até aqui.

Em nome de Laércio, José Roberto, Amilcar, Fabíola e Nélio, estendo meus agradecimentos a todos os meus colegas de mestrado. Ainda mais, agradeço aos meus irmãos de orientação Claudia Oliveira Cruz Carvalho e Clayton Gomes. A jornada foi muito mais fácil com vocês do meu lado.

Aos meus irmãos de coração: Lucas, Guilherme Alfredo, Charles, Igor, Vagner, Raul, Bruno, Fernando, Guilherme Fanderuff, Paulo Augusto, André, Paulo Renato, Yuri e Douglas. Se fosse para rotulá-los, irmãos, com certeza seria com um rótulo de ouro. Obrigado pelos momentos de descontração!

Ao Dionathan Cesar Machado, Lucas Henrique Tschoeke Steidel, Igor Casagrande e João Alcântara Nunes pela leitura do trabalho e pelas discussões a respeito do tema, bem como pela amizade sincera.

A todos os meus amigos que estiveram e estão do meu lado sempre! Obrigado, amigos, sem vocês a vida com certeza não teria graça. “*Quero chorar do seu choro, quero sorrir teu sorriso, valeu por vocês existirem, amigos!*”

Agradeço, ainda, ao Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil, pelo incentivo à pesquisa e por ter permitido estes excelentes e proveitosos dois anos. Por fim, deixo os meus agradecimentos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES pela bolsa concedida para a realização do mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia e para a construção desta dissertação.

Muito obrigado!

“Um homem precisa viajar. Por sua conta, não por meio de histórias, imagens, livros ou TV. Precisa viajar por si, com seus olhos e pés, para entender o que é seu. Para um dia plantar as suas próprias árvores e dar-lhes valor. Conhecer o frio para desfrutar o calor. E o oposto. Sentir a distância e o desabrigo para estar bem sob o próprio teto. Um homem precisa viajar para lugares que não conhece para quebrar essa arrogância que nos faz ver o mundo como o imaginamos, e não simplesmente como é ou pode ser. Que nos faz professores e doutores do que não vimos, quando deveríamos ser alunos, e simplesmente ir ver”
(Amyr Klink)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
PARTE I – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: aparelho do estado na realização dos direitos fundamentais	18
CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER JURÍDICO DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OBJETIVOS A SEREM PERSEGUIDOS NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL	19
1.2 FORMAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E SUAS HERANÇAS INDESEJADAS: entraves na realização dos direitos fundamentais.....	33
CAPÍTULO II - A JUDICIALIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA INEFETIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	65
2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	65
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL COMO MITO PARA A SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DE SUA INEFETIVIDADE	76
PARTE II - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES: binômio necessário à devida concretização dos direitos fundamentais	90
CAPÍTULO I - A LÓGICA DOS PRECEDENTES: Estrutura e Aplicabilidade ...	91
1.1 A TEORIA DOS PRECEDENTES, OS SISTEMAS DE DIREITO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	91
1.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY	123
CAPÍTULO II – OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	135
2.1 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E O FUNDAMENTO DA VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES	135

2.2 OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E COMO VETOR DE INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	159
CONSIDERAÇÕES FINAIS	183
REFERÊNCIAS.....	186

RESUMO

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 tornou-se tarefa precípua do Estado Democrático e de Direito brasileiro realizar os direitos fundamentais dos cidadãos com a máxima efetividade. Diante de tal cenário e ante a leitura constitucional, à Administração Pública incumbe o papel primário para a realização deste objetivo. Deve a dogmática jurídica encontrar instrumentos e meios que tornem possível o atingimento deste fim. Ocorre que, não raras vezes, os direitos fundamentais não são prestados da forma devida, ocasionando de forma colateral uma judicIALIZAÇÃO de tais pretensões por parte dos cidadãos que têm as condições necessárias para tanto, deixando grandes parcelas da população brasileira à deriva de qualquer prestação estatal. Os motivos que levam a esse cenário de inefetividade das pretensões fundamentais, concedendo direitos para uns e não para outros, são decorrentes de problemas que não são novos no panorama nacional e na construção do modelo político-administrativo brasileiro. Sendo assim, impende que sejam encontradas, pela via do Direito, soluções que busquem modificar esse cenário hoje existente, procurando realizar e proteger os direitos fundamentais da melhor maneira possível, dando cumprimento ao texto constitucional. É nessa linha de raciocínio que o presente trabalho encontra seu objeto, qual seja, lançar mão de uma proposta de instrumento administrativo que seja apto a realizar e proteger os direitos fundamentais da melhor maneira possível, ao mesmo tempo que diminua o grande número de processos em matéria de direitos fundamentais que hoje se encontram batendo às portas do Poder Judiciário. Propõe-se, assim, que a Administração Pública se vincule às suas próprias decisões quando deva decidir sobre matéria de direitos fundamentais, buscando consagrar um modelo administrativo constitucional efetivo, eficiente, igualitário, seguro, moral e de boa-fé.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais, Administração Pública, Inefetividade Administrativa, Judicialização, Precedentes Administrativos.

ABSTRACT

With the promulgation of the Federal Constitution of 1988 it has become the primary task of the Brazilian rule of law model to accomplish the fundamental rights of citizens in the most effective way possible. In such scenario and through the constitutional reading, the Public Administration plays the primary role in achieving this goal. The legal dogma must find tools and paths that make the achievement of this end possible. It happens that, not often, the fundamental rights are not provided in its due form, causing in a collateral way a judicization of such pretensions by the citizens who have the necessary conditions to do so, leaving large portions of the Brazilian population adrift from any state benefit. The reasons that lead to this scenario of ineffectiveness of the fundamental pretensions, granting rights to some and not to others are due to problems that are not new in the national background and in the construction of the Brazilian political-administrative model. Therefore, it is necessary to find, through the law, solutions that seek to modify this actual scenario, seeking to accomplish and protect the fundamental rights the best way possible, in compliance with the constitutional text. It is in this train of thought that the present assessment finds its object, that is, a proposal for an administrative tool that is able to perform and protect the fundamental rights in a reasonable way, while, at the same time, reducing the large number of lawsuits in fundamental rights area that are now knocking at the gates of the Judiciary System. It is therefore proposed that the Public Administration bound itself to its own decisions when it must decide on the fundamental rights issue, seek to establish an effective, efficient, egalitarian, safe, moral and good Faith constitutional administrative model.

Keywords: Fundamental Rights, Public Administration, Administrative Ineffectiveness, Judicization, Administrative Precedent.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são, hoje, pedras angulares do sistema constitucional brasileiro. Fruto de movimentos sociais que buscaram, especialmente após a metade do século XX, garantir que todos os cidadãos, para além dos ideais de um modelo de Estado Liberal, pudessem desfrutar de uma vida digna.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou em seu texto os direitos fundamentais e fundamentais sociais de maneira universal, com o intuito central de garantir a dignidade da pessoa humana, princípio estruturante do modelo de Estado Democrático e de Direito, insculpido no inciso III, artigo 1º de seu texto. A partir desta ótica, então, restou a competência de que o Estado, através de seus três poderes, Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, busque meios para concretizar e proteger os direitos fundamentais da melhor forma possível.

Considerando essa premissa, parece certo afirmar que, a partir da leitura do texto constitucional, a competência primeira para realizar e proteger os direitos mais básicos dos cidadãos recaiu sobre o Poder Executivo, sobre a Administração Pública brasileira. Compete à Administração Pública efetivar e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, concretizando o interesse público.

Todavia, tal função administrativa em não raras vezes é inefetiva, não cumpre completamente com seu papel constitucional, deixando grande parte da população à deriva de qualquer prestação estatal em matéria de direitos fundamentais. Diante desse cenário, o Poder Judiciário tem cada vez mais se tornado responsável por salvaguardar tais direitos, concedendo direitos aos cidadãos que batem nas suas portas.

Tem-se, assim, um duplo problema: de um lado, uma Administração Pública que não cumpre com seus fins constitucionais, notadamente na seara dos direitos fundamentais, e deixa a população em não raras vezes à deriva de qualquer prestação estatal; de outro lado, um Poder Judiciário que tem cada vez mais assumido o papel de realizar tais direitos, ante a inefetividade administrativa, gerando um cenário de judicialização excessiva das prestações fundamentais. No que toca a esse segundo problema, uma questão colateral importante deve ser levantada, qual seja: em regra, os juízes e tribunais realizam a tutela jurisdicional nestes casos pela via individual, ou seja, apenas para os cidadãos que possuem as condições de acesso, deixando as

demais parcelas da população sem nenhum tipo de prestação estatal. Isso gera um cenário de desigualdade entre os cidadãos, vez que, os que possuem condições de acessar ao judiciário terão seus direitos fundamentais realizados, enquanto os outros, as parcelas mais carentes da sociedade que, em regra, são as que mais necessitam de tal proteção, restam ao relento. Além disso, deve-se levar em conta que a judicialização de tais pretensões abarrotava ainda mais o Poder Judiciário, tornando-o cada vez mais moroso e sem condições de prestar a tutela jurisdicional da forma devida.

Ainda mais, deve-se atentar para o fato de que as próprias decisões administrativas concessivas de direitos fundamentais em muitas vezes carecem de racionalidade e são tomadas de forma ineficiente, provendo, em determinados casos direitos para uns e não para outros que se encontram em situações fáticas e jurídicas substancialmente iguais.

Nesse panorama, então, evidencia-se um conjunto de práticas que fere aos princípios basilares do Estado Constitucional brasileiro, especialmente no que toca à igualdade e segurança jurídica.

É nesse palco que o presente trabalho encontra seu mote central. Considerando a necessidade de que, a partir da dogmática jurídica, encontrem-se meios aptos para realizar os direitos fundamentais da melhor forma possível, especialmente pela esfera administrativa, lança-se mão de uma proposta de instrumento administrativo que possa realizar os direitos fundamentais pela via administrativa de forma equânime, segura e efetiva, ao mesmo tempo que escoe o mar de processos existentes no Poder Judiciário. Está-se a defender a ideia de que a Administração Pública tome decisões racionais, coerentes e efetivas, que levem em conta todas as peculiaridades do caso concreto posto em análise, vinculando-a para as decisões futuras. Ou seja: que a Administração Pública brasileira adote uma teoria dos precedentes administrativos vinculantes, solução que permite ao poder público a realização de direitos fundamentais, em respeito aos princípios do regime jurídico administrativo, notadamente da eficiência, isonomia e boa-fé, permitindo a solução adequada a casos similares.

Desse modo, divide-se o presente texto em duas partes, cada uma dividida em dois capítulos.

Em um primeiro momento busca-se demonstrar que o modelo constitucional desejado para a Administração Pública se refere a um modelo cuja função é realizar

o interesse público, este entendido como a realização dos direitos fundamentais da melhor maneira possível considerando as condições fáticas e jurídicas dos casos concretos (parte 1, capítulo 1, tópico 1.1).

Fixadas tais premissas, pretende-se evidenciar que tal modelo constitucional, todavia, não é o existente hoje no Brasil, mostrando-se, em verdade, que o modelo administrativo atual é inefetivo, ineficiente e não cumpre com os fins constitucionais cuja competência em si foi depositada. A justificativa para isso, no entanto, não possui como vetor causas recentes, mas, sim, é decorrente do próprio modelo político-administrativo construído no Brasil desde a sua colonização. Assim, elabora-se análise a respeito da construção deste modelo em terras nacionais, a fim de demonstrar que heranças indesejadas na formação política-administrativa brasileira, tais como tendências patrimonialistas, coronelistas e clientelistas dão causa ao modelo administrativo inefetivo hoje existente em solo nacional.

Ainda mais, faz-se uma breve análise a respeito das reformas administrativas pelas quais a Administração Pública brasileira passou com o decorrer dos anos, sob a justificativa de tentar solapar tais heranças indesejadas do solo nacional (parte 1, capítulo 1, tópico 1.2).

Após, como segundo capítulo da primeira parte, considerando os pressupostos teóricos fixados no capítulo antecessor, busca-se demonstrar que, ante a esse modelo administrativo inefetivo, que não cumpre com seus fins constitucionais, o Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais um protagonista em matéria de realização de direitos fundamentais, causando um cenário de judicialização excessiva.

Primeiramente, portanto, analisam-se questões gerais a respeito do fenômeno da judicialização da política e suas vertentes, bem como do regime jurídico dos direitos fundamentais, com a intenção de demonstrar a possibilidade que se busque o judiciário para ver determinada pretensão fundamental realizada (primeira parte, capítulo 2, tópico 2.1). Após tal construção, faz-se uma concisa análise da judicialização dos direitos fundamentais no Brasil, buscando tornar perceptível que, por mais que seja possível e em muitos casos necessária, a busca pelo poder judiciário não se mostra como a saída ideal para a devida realização dos direitos fundamentais (primeira parte, capítulo 2, tópico 2.2).

Firmados tais pressupostos teóricos, a pesquisa parte, então, para a sua segunda parte, em que se pretende, de fato, lançar mão da proposta aqui defendida, isto é, da utilização dos precedentes administrativos como instrumento apto a realizar

direitos fundamentais de forma efetiva ao mesmo tempo que diminui o alto número de processos hoje existentes no Judiciário brasileiro.

Sendo assim, nesta segunda parte, primeiramente analisa-se a teoria dos precedentes de forma geral e ampla, percorrendo os caminhos dos dois grandes sistemas de direito hoje existentes, quais sejam: o *common law* e *civil law*, buscando demonstrar que, por mais que a teoria dos precedentes seja originária da cultura dos países que adotam o sistema anglo-saxão, ela possui plena aplicabilidade, também, nos países de cultura romano-germânica.

Com tais pressupostos fixados, mostra-se, enfim, o que vem a ser um precedente, analisando a sua estrutura e aplicabilidade, notadamente, neste momento, no âmbito judicial (parte 2, capítulo 1, tópico 1.1). Com isso, tem-se por razão, ainda, evidenciar que formular um precedente exige uma alta carga argumentativa por parte do aplicador do direito (seja na via judicial, seja na via administrativa), de sorte que encontrar uma teoria que demonstre os caminhos argumentativos de levaram à construção de determinada decisão vinculante é passo importante para os fins almejados com o presente trabalho.

Assim, adotando-se a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, bem como a sua proposta de uma teoria de argumentação jurídica que busque racionalizar o processo decisório dos aplicadores do direito, busca-se concluir que a fundamentação defendida pelo autor alemão no que toca à procura por critérios objetivos para encontrar a “decisão ótima” para o caso concreto posto em análise pode ser adotada como pressuposto teórico para uma teoria dos precedentes (parte 2, capítulo 1, tópico 1.2).

Por fim, então, como segundo capítulo da segunda parte do presente texto, parte-se para o exame da própria teoria dos precedentes administrativos, procurando, primeiro, firmar conceitos a respeito do que é um precedente administrativo para a doutrina estrangeira, para depois analisar a sua concepção na tímida doutrina nacional. A partir de tais concepções, torna-se ponto importante, então, analisar o regime jurídico da Administração Pública brasileira com intenção de demonstrar que os princípios administrativos e constitucionais, especialmente os princípios da legalidade, moralidade, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e eficiência, que integram o regime jurídico administrativo, são fundamento e justificam a adoção de uma teoria dos precedentes administrativos em solo nacional (parte 2, capítulo 2, tópico 2.1).

Em sede de conclusão, então, demonstrada a fundamentação dos precedentes administrativos a partir do regime jurídico administrativo, constrói-se o último tópico do presente texto em que se analisa, especificamente, a adoção da teoria dos precedentes administrativos para a realização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Ainda mais, mostra-se que a adoção de tal teoria possui um espaço de aplicabilidade ainda maior quando se está diante da competência discricionária dos administradores públicos e da interpretação dos conceitos jurídico indeterminados.

Além disso, defende-se a necessidade de que a Administração Pública preste respeito aos precedentes judiciais fixados pelos tribunais locais e superiores, albergando-os como se seus precedentes fossem, buscando garantir, também, um cenário de efetividade, segurança, confiança e igualdade (parte 2, capítulo 2, tópico 2.2).

Através de tal construção, então, o presente texto tem por razão demonstrar que, ao valer-se dos precedentes administrativos como instrumentos para a realização e desjudicialização dos direitos fundamentais, a Administração Pública está a realizar os fins constitucionais insculpidos na Constituição Federal de 1988, garantindo um cenário seguro, equânime, confiável e, ainda mais importante, que consagra os direitos fundamentais de todos os cidadãos, tendo como fim último a realização e proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do modelo de Estado Democrático e de Direito brasileiro.

PARTE I – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: aparelho do estado na realização dos direitos fundamentais

CAPÍTULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER JURÍDICO DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO OBJETIVOS A SEREM PERSEGUIDOS NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Mutações são constantes na história das sociedades. Transformações nas formas de se pensar as relações sociais, relações entre Estados e, até mesmo, no catálogo dos direitos e deveres dos homens acompanham as histórias do mundo. Nesse panorama, momento notável que deve ser levado em conta para o recorte adotado na presente pesquisa refere-se às transmutações pelas quais o Direito passou, especialmente após a metade do século XX, momento em que se torna perceptível, ante os efeitos nefastos causados em especial pela segunda grande guerra mundial¹, a necessidade de se pensar os Direitos dos Homens para além tão somente dos direitos de liberdade e igualdade (princípio liberal)², no qual ao Direito cumpria o papel de garantir a estabilidade das relações sociais, através de um direito cuja normatividade encontrava-se especialmente regulada por regras escritas³, para uma nova perspectiva pautada na dignidade do ser humano e na necessidade de proteção de seus direitos fundamentais.

A partir daí, os princípios jurídicos passam a ser considerados, do mesmo modo que as regras, como normas jurídicas e possuem como uma de suas intenções comuns garantir e proteger a dignidade do homem⁴. Ou seja, os princípios,

¹Daniel Sarmento afirma que “[...] eventos traumatizantes, como o Holocausto nazista, demonstraram que o legislador, mesmo quando eleito pelo povo, pode perpetrar ou ser cúmplice das mais atrozes barbaridades, sendo portanto necessário estabelecer mecanismos de controle para a contenção dos seus abusos. Neste contexto, o culto à lei como forma, à qual pode ser atribuído qualquer conteúdo, desde que ditado pelas autoridades competentes, dá lugar a um desencanto geral com o positivismo jurídico”. (SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. 2006. p. 5).

² Sobre o modelo de Estado Liberal, pautado nos princípios de liberdade e igualdade, ao menos no sentido formal, ver: NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra. 1987. p. 210 e ss.

³ Sobre a ideia de Direito positivo, pautado especialmente na força normativa das regras escritas, ver, dentre outros: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

⁴ Muito já se escreveu sobre esta nova perspectiva constitucional em que para além das regras escritas e postas no mundo jurídico, os princípios são postos com mesmo grau de normatividade, a fim de possibilitar uma nova interpretação das ciências jurídicas, com o intuito de impedir que novas barbáries, como as ocorridas nas grandes guerras, tivessem lugar novamente nos países do ocidente. Para aprofundamento no tema, ver, dentre outros: SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo e**

considerando também sua força normativa, são ferramentas para a aplicação do Direito e pela busca, ao menos em tese, dos melhores resultados possíveis⁵. Diante disso, as Constituições Modernas, como é o caso da Constituição Federal de 1988, albergam em seus textos tanto princípios, quanto regras, bem como insculpem em sua estrutura a preocupação com a garantia dos direitos fundamentais dos homens e sua dignidade.

Passa-se, assim, para um cenário em que as Constituições são colocadas como centro do ordenamento jurídico, de modo que todos os outros ramos do Direito devem necessariamente passar pelo filtro constitucional⁶ para sua aplicação, isto é, as leis encontram-se vinculadas e dependentes do texto constitucional. Esse fenômeno, então, decorrente desse processo de filtragem constitucional, recebe o nome de constitucionalização do Direito⁷. Conforme leciona Paulo Ricardo Schier:

positivismo. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2. ed., 1999; FIGUEROA, Alfonso Garcia. Constitucionalismo y positivismo. **Revista española de derecho constitucional**, ano 18, num. 54, set-dez. 1998; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo.** 3. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011; HART, H.L.A. **O conceito de Direito** (pós-escrito). Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2007; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FLORES, Pedro Henrique Brunken. Estado de direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. **Revista brasileira de teoria e constituição.** Curitiba. v. 2, n. 2, p. 1208-1229, jul/dez. 2016; SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.** 2006; COSTA, Pietro; ZOLO Danilo (ORGs). **O estado de direito: história, teoria, crítica.** Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo. Martins Fontes, 2006; POZZOLLO, Susanna. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s).** Trotta: Madrid, 2003; SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: Miguel Carbonell Sánchez (coord). **Neoconstitucionalismo(s).** Editorial Trotta. España. 2003. p. 123-158; SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro.** 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014; FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 5. ed, rev. e ampl. 2013. cap. 1.

⁵ Nesse sentido, afirma Juarez Freitas que “[...] o sistema jurídico em geral precisa ser visto, controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e de valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático e de Direito” (FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** Op. Cit. p. 49).

⁶ Sobre a ideia da Constituição como um filtro para a aplicação das leis, ver: SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.** Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1999.

⁷ Para mais sobre o fenômeno de constitucionalização do Direito, ver: SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. Op. Cit.; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** Op. Cit.; BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63; SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda.** Op. Cit.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Constitucional e Administrativo.** Ano 3, n. 11, jan./mar. Belo Horizonte: Fórum, 2003; BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. Segunda e terceira parte.

O fenômeno da constitucionalização do Direito decorre, dentre diversos fatores, do processo de substancialização ou materialização das Constituições contemporâneas, impôs o movimento de impregnação das normas infraconstitucionais. Neste sentido não mais se admite uma compreensão do Direito que não seja a compreensão constitucional. Este contexto de constitucionalização – é marcado por alguns signos, como o neoconstitucionalismo (a expressão certamente é polêmica) e o pós-positivismo⁸.

No Brasil, essa nova concepção se torna mais evidente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que marca a “[...] transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”⁹. No âmbito da política, a partir de seu texto permitiu-se a participação popular na forma de governo, seja na realização das eleições permitidas por voto direto, secreto e universal, seja com o acesso ao debate público. Mais ainda, permitiu a alternância de partidos políticos no poder, realizando-se, conforme afirma Luís Roberto Barroso¹⁰, cinco eleições presidenciais até a presente data.

Além disso, é certo que

a Constituição assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional. E não foram tempos banais. Ao longo desse período, diversos episódios deflagraram crises que, em outros tempos, dificilmente teriam deixado de levar à ruptura institucional. O mais grave deles terá sido a destituição, por impeachment, do primeiro presidente eleito após a ditadura militar, sob acusações de corrupção. Mas houve outros, que trouxeram dramáticos abalos ao Poder Legislativo, como o escândalo envolvendo a elaboração do Orçamento, a violação de sigilo do painel eletrônico de votação e o episódio que ficou conhecido como “mensalão”. Mesmo nessas conjunturas, jamais se cogitou de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Não há como deixar de celebrar o amadurecimento institucional brasileiro¹¹.

A Constituição Federal de 1988 possui um caráter democrático não visto antes em suas antecessoras. Caráter esse criado a partir do cenário em que ela foi gerada, onde a participação era imperiosa, bem como a partir da negativa experiência trazida pelas Constituições anteriores, resultando em “[...] textos originariamente redigidos por grupos de notáveis – com ou sem mandato político –, para só depois serem

⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60. p. 51.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. p. 492.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

levados a debate nas assembleias constituintes”¹².

Sendo assim, afirma-se que a Constituição Federal de 1988,

[...] pode ser considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, porque foi feita de baixo para cima e de fora para dentro, sendo todas as demais ou impostas por déspotas – uns pouco, outros nem tanto esclarecidos –, ou induzidas por tutores intelectuais, que não nos consideravam crescidos o bastante para caminharmos com as próprias pernas e traçarmos o nosso destino¹³.

Isto é, a construção dessa Constituição pela vontade do povo, por meio de um poder constituinte originário que se traduz “[...] na força política consciente de si que resolve disciplinar os fundamentos do modo de convivência na comunidade política”¹⁴, trouxe superação ao regime político anterior, instaurando um novo modelo, adotando uma nova ideia de Direito, bem como um “[...] novo fundamento de validade da ordem jurídica”¹⁵.

Assim, pode-se afirmar que “[...] a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 e sucessivamente alterada, é a nossa carta política, a lei suprema da nossa terra, a lei sob cujos preceitos nós exercemos os nossos direitos e cumprimos os nossos deveres”¹⁶. Esta Constituição foi a que efetivamente elencou os interesses da sociedade, sendo construída através de um poder representante do povo que procurou cuidar de seus direitos sociais, econômicos e políticos, estabelecendo as bases para a realização de um Estado Democrático e Social de Direito, nos termos moldados por Jorge Reis Novais em sua obra *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, no final dos anos 80¹⁷.

¹² COELHO, Inocêncio Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina. 2013. p. 62.

¹³ Ibidem.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 100.

¹⁵ Ibidem, p. 103.

¹⁶ COELHO, Inocêncio Mártires, Op. Cit., p. 62.

¹⁷ Segundo o autor português, a ideia de um Estado de Direito Social surge a partir da concepção de uma reavaliação dos propósitos integrantes do modelo liberal de uma separação do Estado e da Sociedade. Defendendo-se, assim, a “estadualização da sociedade e recíproca socialização do Estado”, ante a uma percepção de que a autossuficiência da sociedade não se fazia ideal, deixando grandes parcelas populacionais marginalizadas. Tem-se, com isso, um novo “*ethos político*” a partir de uma “[...] concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social”, colocando-se em voga o “princípio da socialidade”, revelando a necessidade do Estado em intervir mais acentuadamente em todas as esferas sociais (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra. 1987. p. 193).

Com a nova Constituição, no âmbito da Ciência do Direito, se constrói um cenário em que há um reconhecimento da força normativa das normas constitucionais, que passam a ter aplicação imediata; de uma expansão jurisdicional constitucional; e do surgimento de novas ideias no âmbito hermenêutico, que deu azo a uma nova interpretação constitucional¹⁸.

Essas são algumas das modificações importantes que formaram o modelo político, administrativo e jurídico que embasa todas as relações Estatais e particulares hoje no Brasil¹⁹.

Desse modo, pode-se dizer que a promulgação da Constituição Federal de 1988, com seus princípios e regras explícitos e implícitos²⁰, colocou em evidência que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático e de Direito²¹, preocupado com o bem-estar dos cidadãos e vinculado ao atendimento dos anseios da sociedade.

Ainda mais, com o fim de garantir a plena consecução dos pressupostos em si insculpidos, o texto constitucional deflagrou a necessidade de que todos os poderes do Estado trabalhem em conjunto para a plena realização de seus fundamentos; tomou zeloso cuidado ao tratar em capítulos específicos dos direitos fundamentais dos cidadãos, direitos esses que devem ser protegidos e efetivados pelo Estado da melhor forma possível, garantindo um cenário de bem-estar social e de vida digna para todos.

Para ver realizados esses fins, determinou a plena e imediata efetividade dos direitos fundamentais sem a necessidade de leis posteriores que os regulem (art. 5º, §1º, CF/88); permitiu, ainda, a busca pelo Poder Judiciário quando de eventual lesão, violação ou má-prestação aos direitos fundamentais (art. 5º, XXXV, CF/88); impôs a obrigação da criação e implementação de políticas públicas, a fim de garantir a

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 520.

¹⁹ A respeito de uma concepção aprofundada a respeito das modificações no cenário jurídico-político brasileiro, especialmente a partir das vertentes filosóficas, históricas e teóricas, ver: *Ibidem*, p. 518 e ss.

²⁰ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e do “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 05 out. 2016.

²¹ Referida afirmação pode ser retirada já do artigo 1º da Carta Constitucional, onde restou insculpido que “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

proteção da dignidade da pessoa humana, devendo os poderes Legislativo e Executivo trabalharem juntos para esse fim²²; dentre inúmeras outras medidas.

Ou seja, vinculou o Estado a uma efetiva afirmação dos direitos fundamentais, colocando-os em evidência e com um caráter prioritário para o novo modelo estatal. Afinal, os direitos fundamentais refletem um conjunto de direitos especialmente protegidos pela ordem constitucional, na medida em que contém “decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa”²³, criando e mantendo, mediante eles, “os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”²⁴.

Pode-se perceber, desse modo, que a Constituição Federal de 1988 trouxe, efetivamente, em seu bojo o dever/necessidade de que os direitos fundamentais, e em específico os direitos fundamentais sociais insculpidos em seu artigo 6º, sejam assegurados pelos entes públicos, garantindo-se a sua eficácia plena e aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, LXXVIII, §1º, da Carta Magna. Foram insculpidos como normas fundamentais exatamente para que a sua proteção e concretização se dê de forma ideal, cabendo à Administração Pública, ante a essa leitura constitucional, promover os meios necessários para a sua consecução.

Essa mudança paradigmática estabelecida pela Constituição implicou, por via de consequência, uma nova modelagem para a Administração Pública brasileira²⁵.

²² Segundo Gilberto Bercovisi, a Administração Pública passa a ser a protagonista na construção do projeto de sociedade traduzido na Constituição dirigente de 1988, e por esse motivo sustenta a necessidade de reconstrução dos institutos do Direito Administrativo, exigindo sua releitura a partir da vinculação ao atendimento das demandas prestacionais do Estado Social. (BERCOVICI, Gilberto. **O estado desenvolvimentista e seus impasses**: uma análise do caso brasileiro. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 24). No mesmo sentido, Daniel Wunder Hachem ressalta a ideia de um Direito Administrativo Social, uma concepção que reflete tendência “pautada na promoção da igualdade material pelo Estado e na ideia de redistribuição por meio da intervenção [...]” (HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 136)

²³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 89.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 472.

²⁵ Daniel Wunder Hachem ao tratar sobre a temática dos direitos fundamentais, notadamente sob o enfoque da passagem paradigmática do modelo de Estado Liberal de Direito ao Modelo de Estado Social, afirma que “a realização de tais direitos deixa de ficar a cargo unicamente do Poder Legislativo, por meio da expedição de leis gerais e abstratas proibitivas de intromissão estatal na esfera particular do indivíduo, tornando-se também incumbência da Administração (mediante a prestação de serviços públicos e a implementação de políticas públicas) e da jurisdição (através do controle de constitucionalidade das leis, atos administrativos e omissões estatais, e da concretização judicial dos direitos fundamentais)” (HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 99).

Pode-se perceber da leitura do texto constitucional, que o Constituinte regula a atuação do Poder Público voltada à concretização de um cenário de bem-estar social. Elencou, especificamente, no artigo 37, *caput*²⁶ e seguintes que a Administração Pública deverá prestar obediência aos princípios constitucionais, bem como dispôs a respeito das formas de sua regência. Tais pretensões têm a sua justificativa ante a necessidade de se ter, como já visto alhures, uma Administração Pública efetiva que cumpra devidamente com seus fins constitucionais. Resta esclarecer, então, no presente texto, quais são esses fins constitucionais ou, melhor ainda, qual o modelo administrativo desejável a partir da interpretação constitucional.

Parece certo afirmar que a possibilidade de discussão a respeito das competências e fins da Administração Pública deve ter como ponto de partida a própria noção anteriormente já vista a respeito da constitucionalização do Direito e, aqui, notadamente do Direito Administrativo²⁷. As mudanças de perspectiva advindas com a ascensão de um modelo de Estado Social e Democrático de Direito preocupado com a proteção e concretização dos direitos fundamentais é ponto marcante da Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, do direito administrativo.

Tais afirmações encontram o seu fundamento uma vez que foi intenção da Constituição Federal de 1988 atribuir ao “[...] poder público o dever de concretizar os direitos fundamentais, inclusive os de cunho social”²⁸. Para atingir tal fim, então, tomou-se cuidado ao implementar um regime jurídico administrativo que fosse apto a atender aos anseios do texto constitucional e, ainda mais importante, da sociedade. É sobre esse modelo que se buscará discorrer nos próximos parágrafos, para que se faça possível analisar se este é efetivamente um modelo que pode ser tratado como ideal – premissa adotada como hipótese na pesquisa.

²⁶Art. 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 e, também, ao seguinte (...).

²⁷ Segundo Luís Roberto Barroso, “[...] três conjuntos de circunstâncias devem ser consideradas no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias desse ramo do direito”. (BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. p. 47).

²⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Ihtala, 2016. p. 54.

A Constituição Federal de 1988, como já evidenciado, colocou em relevo em seu texto a importância dos direitos fundamentais e fundamentais sociais, insculpindo-os em títulos específicos, o que representa, indiscutivelmente, um de seus fundamentos estruturantes, bem como fundamento de legitimidade de um modelo de Estado Democrático e de Direito²⁹. Como já dito, então, tomou o devido cuidado em determinar que o Estado, notadamente em uma primeira ótica através da Administração Pública, propicie os meios necessários para a ideal concretização dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, se faz presente o papel do Direito Administrativo, a quem incumbe a competência de implementar, regular e proteger os fins constitucionais, pois, afinal, como bem aponta Gustavo Binembojm, “a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade”, de tal sorte que o agir administrativo passa a se dar através da interpretação e aplicação tanto de regras quanto de princípios, encontrando ali – nos princípios e regras – o seu “espeque e limite”³⁰.

Afinal, é certo que o Direito Administrativo é um sistema composto por princípios que lhe são imanentes e que guardam “[...] entre si uma relação lógica de coerência e unidade [...]” que dão forma a um regime jurídico-administrativo construído a partir da fundamentação em ao menos dois princípios, quais sejam: *i)* o da supremacia do interesse público sobre o privado; e *ii)* da indisponibilidade do interesse público pela Administração³¹.

Aqui encontra-se o mote da função da Administração Pública, a consecução do interesse público, tomado como “[...] o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”³².

Ou seja, a Administração Pública, no cenário da Constituição, deverá fornecer o aparo necessário para que o Estado venha a atender aos interesses dos

²⁹ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 49.

³⁰ Ibidem, p. 69 e 71.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 55-57.

³² Ibidem, p. 62.

cidadãos, da coletividade, tendo como vinculação primeira e mais importante a proteção e efetivação dos direitos fundamentais³³.

Nesse sentido, afirma Juarez Freitas que o princípio da “universalização do interesse público deve figurar como um dos mais relevantes para o Direito em geral, designadamente para o Direito Administrativo, conquanto nunca deva ser reduzido ao simples somatório ou à aferição estatística das vontades particulares”³⁴. Por certo, tal princípio dá primazia às vontades gerais legítimas em face das eventuais pretensões singulares e egoísticas existentes em sociedade no caso de colisões de interesses, entendendo-se, no entanto, “[...] o fato de que, a rigor, o sistema não pretende o primado do todo sobre a vontade particular, mas apenas da vontade geral legítima em relação àquela que se revelar claramente conspiratória contra o interesse comum”³⁵.

Afinal, tal princípio deve ser entendido, conforme aduz o professor gaúcho, como o “princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana”³⁶. Ou seja, deve-se ter como vetor primeiro da força motriz de referido princípio o respeito à dignidade do ser humano, da sociedade e dos direitos fundamentais.

No âmbito de parcela relevante do Direito Administrativo pátrio, a vinculação da Administração Pública à realização dos direitos fundamentais, na perspectiva da universalidade, se traduz no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, tal princípio remete à ideia de que o Poder Público [...] se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos em confronto”³⁷.

Nesse sentido, afirma Daniel Wunder Hachem que ao se falar em supremacia do interesse público deve-se partir da perspectiva de que “[...] incumbe ao Estado interferir nas relações entre os particulares, seja mediante a elaboração de normas jurídicas, seja através de ações materiais, para assegurar que as condições de

³³ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 72.

³⁴ FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed, rev. e ampl., 2013. p. 50.

³⁵ Ibidem, p. 54.

³⁶ Ibidem, p. 51.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 71.

existência digna dos cidadãos – promovidas através da efetivação dos direitos fundamentais sociais – sejam proporcionadas”³⁸.

Mais do que isso, deve-se interpretar o conceito de interesse público, a partir do advento do Estado Social, não mais através do enfoque individualista sob o qual ao Estado incumbiria somente garantir os pressupostos de liberdade e igualdade, mas sim a partir de um “um caráter solidário” que se preocupa com as necessidades gerais de toda a sociedade e, especialmente, com as necessidades dos grupos hipossuficientes, buscando, assim, “reequilibrar juridicamente as relações desiguais”³⁹.

Pode-se perceber que o interesse público, em um Estado Democrático e de Direito, deve ser entendido como o compromisso ativo do Estado em promover e efetivar os direitos dos cidadãos, especialmente os direitos fundamentais⁴⁰⁻⁴¹.

Tais assertivas demonstram qual é o modelo constitucional desejado: Uma administração pública focada na proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, notadamente através da consecução dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensar, Marçal Justen Filho afirma que o papel do direito administrativo é disciplinar

³⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum. 2011. p. 106.

³⁹ Ibidem, p. 107.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 38.

⁴¹ Para aprofundamento sobre a noção de interesse público sob o viés adotado no presente trabalho, ver, dentre outros: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010. Em sentido similar, ainda, sob o enfoque de que a noção de interesse público adequada é a nascida, limitada e afirmada pela ordem constitucional vigente, ver: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015. cap. 2; GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

as atividades administrativas com o intuito de promover à realização dos direitos fundamentais⁴².

Perceba-se, portanto, a existência de uma necessidade invariável de que “[...] a dogmática do Direito Administrativo seja voltada à instrumentalização de seus institutos de maneira a concretizar os objetivos da República, previstos no art. 3º, da Constituição da República Federal de 1988 [...]”⁴³. Nesse sentido, a busca de meios aptos a garantir a existência digna dos cidadãos no seio do Estado se torna disciplina de grande relevo para o Direito, pois, afinal, se instaurou no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, um modelo de bem-estar que incumbiu o Estado de uma atuação de forma expressa na proteção e concretização dos direitos fundamentais em inúmeras áreas, especialmente na seara dos direitos fundamentais sociais como os de educação, saúde, moradia e etc.⁴⁴.

Assim, pode-se dizer, em resumo, que o cenário brasileiro atual e, conseqüentemente, o cenário administrativo exige, por força do texto constitucional, uma vinculação do Estado à consecução dos direitos fundamentais seja em uma esfera negativa de proteção dos direitos de liberdade, seja em uma esfera positiva na busca por meios aptos a garantir uma real efetivação dos direitos econômicos e sociais e, conseqüentemente, uma vida digna a todos os cidadãos⁴⁵.

Desse modo, deve a Administração Pública encontrar meios aptos para ver garantidos os fins constitucionais a si incumbidos, seja pela promoção de serviços públicos adequados⁴⁶, seja pela formulação de políticas públicas administrativas que

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p. 68.

⁴³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais e desenvolvimento social. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Anais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016, 676 p. p. 303.

⁴⁴ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 343. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

⁴⁵ Sobre a competência do Estado em garantir, proteger e concretizar tanto os direitos fundamentais de defesa, quanto os de cunho prestacional, ver: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

⁴⁶ Adriana da Costa Ricardo Schier defende que a própria noção de serviço público é um direito fundamental necessário para a ideal concretização dos demais direitos fundamentais, notadamente os de cunho prestacional. Para aprofundamento sobre o tema, ver: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo.

busquem garantir os pressupostos constitucionais⁴⁷, notadamente os de cunho fundamental.

Em especial, devem ser levados em conta nessa busca pela ideal garantia dos direitos fundamentais, a real efetivação dos direitos fundamentais sociais, isso porque se referem aos direitos mais básicos dos cidadãos, responsáveis por garantir uma vida digna dentro da sociedade, vez que são direitos que passaram por um longo processo de construção histórica, sendo alocados ao lado e com mesma força normativa que os direitos fundamentais de primeira geração⁴⁸.

Ou seja, parece certo afirmar que um modelo administrativo desejado, pautado nos ideais constitucionais trazidos pelo texto de 1988, deve ser um modelo preocupado com a real e efetiva concretização e proteção dos direitos fundamentais em todas as suas esferas, de modo a permitir um ideal de justiça social e, ainda mais, um cenário de igualdade de posições⁴⁹ entre todos os cidadãos, isto é, que propicie os meios necessários para que todos os cidadãos possam ter uma igualdade de resultados na vida em sociedade.

Nesse sentido, ao poder público cabe agenciar iniciativas que promovam determinados direitos fundamentais, especificamente os sociais, como por exemplo, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, uma vez que “a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de

Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Ítala, 2016.

⁴⁷ Para aprofundamento no tema a respeito de políticas públicas e direitos fundamentais, ver, dentre outros: VALLE, Vanice Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

⁴⁸ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista direitos humanos fundamentais**. ano 14, n. 1, p. 63-91, Osasco, 2014, p. 78.

⁴⁹ Daniel Wunder Hachem afirma que existem duas grandes concepções de justiça social que devem ser levadas em consideração, a igualdade de oportunidade e de posições. Para o autor, ambas têm em comum “[...] a pretensão de reduzir a tensão existente entre a afirmação de igualdade de todos os indivíduos e a realidade marcada por profundas desigualdades sociais”. Todavia, essas concepções se diferem uma vez que a igualdade de posições dá enfoque, como o próprio nome sugere, na análise das posições ocupadas pelos cidadãos na vida social e busca diminuir o abismo entre elas, ao ponto que a igualdade de oportunidades busca oferecer a todos a possibilidade de alcançar melhores posições sociais com embasamento na meritocracia (HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>>. Acesso em: 14 ago. 2016. p. 370). Para aprofundamento no estudo a respeito das concepções de justiça social, ver, dentre outros: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2016; SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

tempo, evidentemente)”⁵⁰.

Perceba-se, portanto, que o texto constitucional ao firmar que o modelo de estado brasileiro é de um Estado Social Democrático e de Direito pretende possibilitar uma estrutura que garanta efetivamente os direitos fundamentais, colocando sob tal perspectiva uma competência de que todos os poderes da República tomem as medidas necessárias e criem os meios aptos para tanto. Nesse cenário, no entanto, a Administração Pública tem um papel importante como fonte primária para a construção desse caminho.

Esse é o modelo aspirado: Uma Administração vinculada aos princípios a si iminentes com um fim primeiro de proteger e concretizar os direitos fundamentais, a fim de garantir um cenário nacional de desenvolvimento e bem-estar social⁵¹. É o dever de promover, nos termos de Juarez Freitas, o direito fundamental à boa administração pública⁵², ou seja, uma administração pública dialógica, imparcial, proba, respeitadora da “legalidade temperada” e, especialmente, para os fins que tocam os desígnios do presente texto, uma administração pública “[...] preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente), pois comprometida com resultados

⁵⁰CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 7.

⁵¹ Nesse sentido, afirma Daniel Wunder Hachem que, a partir de uma nova percepção do direito administrativo, notadamente definida como a corrente do Direito Administrativo social, se tem a preocupação “[...] em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do Direito Administrativo legalista anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Aparta-se também do Direito Administrativo individualista, por preocupar-se não apenas com a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também com a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. De outra parte, ela colide com o pensamento vinculado ao Direito Administrativo neoliberal, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário (HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 149).

⁵² Impende fazer referência, aqui, à própria ideia de um direito fundamental à boa administração pública que, nas palavras de Juarez Freitas, se traduz no “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade, e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem” (FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 22).

harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição [...]”⁵³.

Todavia, esse modelo está longe de ser efetivamente posto em prática no panorama nacional. Uma simples análise que se faça da situação atual da sociedade permite perceber que há uma inefetividade na realização do modelo proposto pela Constituição Federal de 1988.

Tem-se um problema no fato de que, não raras vezes, as prestações estatais, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, não se dão da forma devida. Há um nítido descumprimento, em inúmeros casos, dos preceitos constitucionais, ocasionando sérios problemas para a vida em sociedade e para a relação Estado-sociedade. Se percebe um cenário de inefetividade administrativa, onde nem sequer as prestações mais básicas para a vida digna do ser humano são fornecidas⁵⁴. As causas dessas condições são de várias naturezas, advindo não somente do cenário contemporâneo, mas inclusive de uma herança viciosa que marca a formação da Administração Pública no Brasil. Problemas de organização política, corrupção e má-gerência administrativa, por exemplo, podem ser listados como fatores que causam esse ambiente de inefetividade administrativa, de tal sorte que analisar as possíveis causas que levam a esse panorama é tarefa importante e necessária ao presente trabalho, para que se possa, ao menos de forma incipiente, construir um diagnóstico dos problemas existentes que trouxeram essas condições inconstitucionais ao modelo administrativo atual. Esse é o objeto do tópico seguinte: uma análise das possíveis causas e consequências que levam à edificação de um modelo administrativo viciado e inefetivo, demonstrando que os problemas não são novos, mas advêm de uma longa trajetória histórico-política.

⁵³ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 23.

⁵⁴ Note-se, por exemplo, de acordo com interessante reportagem veiculada pelo portal do G1, no início do ano de 2017 que o Brasil se encontra na 79ª posição no ranking global do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) divulgado no ano de 2017, referente ao ano de 2016. Para chegar a tal conclusão, levam-se em consideração três fatores em específico, quais sejam: saúde (expectativa de vida); conhecimento (média de anos de estudo e os anos esperados de escolaridade; e padrão de vida (renda nacional bruta per capita). Para acesso a reportagem completa, ver: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/em-79-lugar-brasil-estaciona-no-ranking-de-desenvolvimento-humano-da-onu.ghtml>>.

1.2 FORMAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA E SUAS HERANÇAS INDESEJADAS: entraves na realização dos direitos fundamentais

Como anteriormente afirmado, o modelo administrativo⁵⁵ atual vinculado à devida realização das intenções constitucionais, notadamente no que toca à efetivação e concretização dos direitos fundamentais, em especial na realização dos direitos fundamentais sociais que possuem como exigência, para além da proteção estatal, a tomada de ações, criação de políticas e planos de governo para sua implementação, está longe de poder ser tratado como ideal.

Tal afirmação pode ser percebida a partir de uma simples análise que se faça das produções de políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais, sejam em municípios, estados ou da própria União, em que se percebe um alto nível de insuficiência das prestações mais básicas em matéria de direitos fundamentais sociais⁵⁶. Há, atualmente, no Brasil um modelo administrativo e político com vícios em sua concretude que decorrem de problemas advindos de uma construção social e política brasileira desde os tempos de sua colonização.

Práticas clientelistas, coronelistas e patrimonialistas ainda são encontradas em solo nacional⁵⁷. Os “porquês” desses fatores, então, é o que impende analisar. É necessário entender como um Estado do tamanho do Brasil, com uma sociedade tão plural e economia grande ainda sofre com um modelo político viciado que traz como consequência um modelo administrativo despreparado para dar força e cumprimento à Constituição Federal de 1988.

⁵⁵ Lembre-se que a ideia de modelo administrativo constitucionalmente adequado, a partir das concepções trazidas pelo presente trabalho, se traduz na concretização e proteção dos direitos fundamentais e fundamentais sociais pela Administração Pública, de modo a dar cumprimento ao texto constitucional. Refere-se a um modelo pautado em um regime jurídico administrativo composto por princípios basilares e fundantes, para além das regras escritas. Tem por fundamento a consecução do interesse público, este traduzido, nas palavras do Professor Romeu Felipe Bacellar Filho, pela busca do bem-comum. Sobre a concepção de um Direito Administrativo preocupado com a consecução do bem-comum, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. 2005.

⁵⁶ Uma simples análise que se faça, através da busca em sites de pesquisa, dos índices referentes à falta de saneamento básico em inúmeras localidades do país, é apta a dar respaldo a tal afirmação. Veja-se, a título de exemplo os dados retirados do site www.tratabrasil.org.br, em pesquisa realizada no ano de 2015, que demonstram que apenas 50,3% da população brasileira tem acesso à coleta de esgoto.

⁵⁷ Como se verá mais a frente, José Murilo de Carvalho já teve o cuidado em seu artigo “mandonismo, coronelismo, clientelismo: Uma discussão conceitual” de firmar conceitos a respeito desses termos, colocando-os em seu tempo na história. CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma discussão conceitual. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2, 1997, p. 229-250.

A partir da Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi que efetivamente se teve início a ideia de uma busca ininterrupta pela proteção e garantia dos bens mais preciosos dos cidadãos, sejam eles entendidos a partir dos direitos insculpidos no artigo 5º de seu texto, sejam, mais especificamente os exarados no artigo 6º, a exemplo, como os direitos fundamentais sociais. Direitos necessários para a ideal manutenção de um bem-estar social de todos, ao menos minimamente dignificantes, e que exigem uma participação ativa do Estado em sua consecução, efetivando-os e protegendo-os, como tratado no item anterior.

Mas se assim o é, se a Constituição Federal de 1988 vem, como já se pôde perceber com mais cuidado e atenção no tópico antecedente do presente texto, com essa função – função de garantir um real Estado Social, Democrático e de Direito que proteja e concretize os direitos fundamentais dos cidadãos – por que, ainda hoje, vislumbram-se tantas deficiências nesse modelo de Estado proposto? Por que há uma tão baixa efetividade na consecução das pretensões fundamentais? Parece certo dizer que, dentre as várias causas possíveis do problema - que são, também, objeto de estudo de outras áreas do saber como a sociologia, filosofia, antropologia, economia e etc. -, uma delas está ligada a própria construção política e cultural brasileira, da sua formação política desde seus primórdios quando ainda colônia de Portugal⁵⁸.

⁵⁸ Vale ressaltar, aqui, que a leitura histórica que se propõe não tem por intenção esgotar o tema da história da Administração Pública e do Direito Administrativo. Afinal, é certo que construções deste tipo, que se propõe a demonstrar os problemas do passado, a fim de construir um possível diagnóstico, podem ser feitas a partir de várias concepções, sejam elas filosóficas, sociológicas, históricas, econômicas e afins. Para este trabalho, assim, optou-se pela análise de textos da literatura das décadas de 30, 40, 50 através de autores importantes das respectivas épocas, como, por exemplo, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Júnior, Raymundo Faoro, Vitor Nunes Leal, Florestan Fernandes, entre outros, inclusive de tempos mais contemporâneos, como Paulo Ricardo Schier, José Murilo de Carvalho, Wanderley Guilherme dos Santos, Frederico Lustosa da Costa, Roberto da Matta, Walter Guadalini Júnior e etc., a fim de possibilitar a percepção de alguns problemas existentes no Brasil, desde a sua colonização até os tempos modernos, que dão causa a um modelo de Estado deficiente, notadamente no recorte metodológico escolhido referente à ideal concretização e proteção dos direitos fundamentais. Para maior aprofundamento no tema, ver, dentre outros: CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma discussão conceitual**. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2, 1997, p. 229-250; HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2014; SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba. Juruá. 2017; PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 1ª. ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2011; FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5ª. ed. São Paulo. Globo. 2012; MATA, Roberto da. **O que faz o Brasil Brasil?**. Rio de Janeiro. Rocco. 1986; COSTA, Frederico Lustosa da. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas**. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-874; GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895)**. Curitiba. Juruá, 2016; LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: O município e o regime representativo no Brasil**. 7ª. ed. São Paulo:

Permita-se, primeiramente, fazer uma ressalva importante: a descoberta das terras daqui não necessariamente fora a descoberta do Brasil. Em 1500, ano da descoberta dessas terras tropicais, pode-se dizer que os portugueses não encontraram um Brasil, mas sim uma grande extensão territorial com riquezas naturais e um povo seu. A chegada dos portugueses não foi o que fez efetivamente do Brasil, Brasil. De fato, Cabral não descobriu o Brasil, mas sim “uma terra nova, um mundo que era desconhecido para eles, portugueses, e só para eles”⁵⁹.

A formação do Brasil, de um Brasil brasileiro, foi e é mais do que isso. O momento de chegada dos portugueses por aqui representa, antes da descoberta e formação da nação *brasilis*, o encontro de culturas, povos e civilizações muito diferentes. Pois, afinal, antes do Brasil, por aqui já existiam cerca de três milhões de índios que dispunham da terra e das relações sociais. Então, parece certo afirmar que naquele momento há mais de 500 anos atrás não se existia, ainda, um Brasil⁶⁰.

O encontro de civilizações, do esforço do trabalho, da mistura de culturas e, por certo, da própria exploração, é que construíram o Brasil. Um Brasil que é uma mistura de povos, fruto da dor e da alegria, do trabalho e da escravidão, das comidas típicas, das festas, do carnaval, da língua portuguesa. Este é o Brasil, uma soma de tudo isso e muito mais, que faz dele um país alegórico, de resultado único, fruto da construção do tempo⁶¹.

É nesse sentido que o presente trabalho entende o Brasil, um país construído através do esforço e da miscigenação dos povos, da mistura de culturas, do índio e do negro, do português e do brasileiro, mas também do espanhol e do africano. É a partir desta perspectiva que a construção do texto, nas linhas seguintes, terá sua razão: buscar demonstrar, em linhas gerais, sem a pretensão de esgotar o tema, a formação desse Brasil e das heranças deixadas ao modelo jurídico-político que influenciam até hoje a vida desta nação.

Desde a chegada dos portugueses pelas terras brasileiras, pôde-se perceber a existência sempre primária na busca pela extração de bens e enriquecimento econômico da Coroa, deixando-se, sempre, a preocupação com um desenvolvimento

Companhia das Letras. 2012; SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006.

⁵⁹ SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Conquista e colonização da América Portuguesa: o Brasil colônia – 1500/1750. In: LINHARES, Maria Yedda. **História Geral do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2016. não paginado.

⁶⁰Ibidem.

⁶¹Ibidem.

das terras colonizadas em segundo lugar. É bem verdade, afinal, que a evolução política e social do país passou por diversos momentos desde a sua descoberta e colonização até os dias atuais. O momento colonizador do Brasil pelos povos Europeus e a tentativa de uma ampla implementação de sua cultura por todo o território nacional tiveram grandes impactos na formação da sociedade brasileira⁶².

Impactos esses que justificam a afirmação de que a ideia de uma estrutura realmente democrática é bastante nova no Brasil⁶³. Não havia uma preocupação com tais ideias, havia tão somente uma necessidade de obter-se lucro, de dominar-se o povo e extrair o máximo proveito dessas terras enquanto possível.

O Brasil foi colônia de Portugal por mais de 300 anos, colônia essa que se estruturou, em um primeiro momento, num modelo de capitanias hereditárias preocupadas tão somente com a exploração privada de bens naturais. Havia nesse momento uma estrutura de governo em solo nacional que se preocupava quase que exclusivamente em garantir o pagamento de tributos à Coroa Portuguesa⁶⁴. Os colonizadores não tinham por intuito formar um modelo de colônia preocupado efetivamente com uma ideia de desenvolvimento de um Estado independente. Fatores como a falta de mão-de-obra branca disposta a migrar para a Colônia com o intuito de povoamento e desenvolvimento faziam parte da realidade à época e também contribuíram para esse cenário⁶⁵. Como bem relata Caio Prado Júnior, Portugal não possuía cidadãos que estivessem dispostos, a seu bel prazer, a enfrentar as aventuras da terra nova recém descoberta⁶⁶.

Não havia uma preocupação de se estruturar uma colônia de povoamento em terras brasileiras, realidade que não era tão somente pertencente às terras daqui, mas

⁶² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 35.

⁶³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá. 2017. p. 47.

⁶⁴ Ibidem, p. 48.

⁶⁵ PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2011. p. 27.

⁶⁶ Nas palavras de Caio Prado Júnior: "em Portugal, a população era tão insuficiente que a maior parte do território se achava ainda, em meados do século XVI, inculta e abandonada; faltavam braços por toda parte, e empregava-se em escala crescente mão de obra escrava, primeiro dos mouros, tanto dos que tinham sobrado da antiga dominação árabe como dos aprisionados nas guerras que Portugal levou desde princípios do século XV para seus domínios do norte da África; como depois, de negros africanos, que começam a afluir para o reino desde meados daquele século. Lá por volta de 1550, cerca de 10% da população de Lisboa era constituída de escravos negros. Nada havia portanto que provocasse no reino um êxodo da população; e é sabido como as expedições do Oriente depauperaram o país, datando de então, e atribuível em grande parte a essa causa, a precoce decadência lusitana" (Ibidem).

a uma própria cultura de colonização dos países tropicais em geral. Não se tinha o interesse de se trazer para os países tropicais um verdadeiro modelo europeu⁶⁷ que servisse de orientação para a construção da colônia, pretendia-se, somente, manter um caráter mercantil dessas relações. Relação essa que se traduzia na “[...] empresa do colono branco, que reúne à natureza, pródiga em recursos aproveitáveis para a produção de gêneros de grande valor comercial [...]” e no “[...] trabalho recrutado entre raças inferiores que domina: indígenas ou negros africanos importados”⁶⁸.

Raymundo Faoro bem traduz a situação da colonização dos países tropicais. Para o autor, “o sentido da colonização está claro: o povoamento como obra auxiliar da conquista”⁶⁹. Esses objetivos, então, de exploração dos bens naturais da colônia em proveito do mercado europeu é que vão marcar “o verdadeiro sentido da colonização tropical”, explicando em muito os elementos que fazem hoje, utilizando-se de termo de Roberto da Mata⁷⁰, do Brasil, Brasil⁷¹.

É nesse sentido, assim, de uma colonização despreocupada com a construção e evolução de um plano interno para a colônia, que a economia e organização da sociedade brasileira se dará⁷². Afinal, “o descobridor, antes de ver as terras, antes de estudar as gentes, antes de sentir a presença da religião, queria saber de ouro e prata”⁷³.

De todo modo, mesmo sob as regras de um modelo de colonização extrativista, não escapava das necessidades dos colonizadores povoar a nova terra. Precisava-se de pessoas dispostas ao trabalho e ao feito da colonização. O problema estava, então, como já visto, na inexistência e relutância dos homens brancos europeus em virem à nova colônia para a realização dessas atividades, eminentemente agrícolas e braçais. Não haviam forças de trabalho suficientes para dar azo ao plano colonizador⁷⁴. Assim, diante dessa situação, surgem planos para a

⁶⁷ Entenda-se, aqui, modelo europeu como um modelo preocupado com o desenvolvimento das cidades e não somente com a extração de riquezas e matérias-primas.

⁶⁸ PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 1ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2011. p. 28.

⁶⁹ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5ª. ed. São Paulo: Globo. 2012. p. 134.

⁷⁰ Tal expressão dá título ao livro do autor intitulado de “O que faz o Brasil Brasil?”. (MATA, Roberto da. **O que faz o Brasil Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco. 1986).

⁷¹ PRADO JUNIOR, Caio. Op. Cit., p. 28.

⁷² Ibidem, p. 29.

⁷³ FAORO, Raymundo. Op. Cit., p. 117.

⁷⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 45.

colonização sob a propaganda popular de uma possibilidade de vida nova honrada, com uma conseqüente ascensão social súbita⁷⁵. Surge, em conseqüência disso, uma aliança entre a Coroa – e sua força econômica – e os comerciantes que, juntamente com as forças militares, possibilita um efetivo plano de exploração das novas Colônias da América⁷⁶.

É assim, diante dessa aliança, que a ideia de povoamento começa a efetivamente se concretizar pelas terras tropicais. Assim, Portugal inicia um processo de colonização diverso dos conduzidos nas simples feitorias, onde havia um número reduzido de pessoas incumbidas da realização dos negócios, sua administração e defesa armada. No Brasil em processo de colonização, para o atingimento dos fins desejados pela Coroa – exploração econômica da colônia - “[...] era preciso ampliar essas bases, criar um povoamento capaz de abastecer e manter as feitorias que se fundassem, e organizar a produção dos gêneros que interessassem o seu comércio. A ideia de povoação surge daí e só daí”⁷⁷.

Desse modo, considerando a necessidade de povoar a nova colônia, articulasse, de fato, um verdadeiro movimento político e social complexo por meio de financiamentos de inúmeros meios de produção, inclusive e proeminentemente de escravos, e da manutenção saudável de vínculos com compradores de toda a Europa⁷⁸.

Esses movimentos têm por razão garantir modos que possibilitem o povoamento e garantam os fins almejados, de tal sorte que se inicia um processo de encorajamento de exploradores que estejam dispostos a enfrentar o desafio de colonizar o Novo Mundo⁷⁹. O modo como esse processo ocorre se dá pelo meio da

⁷⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 5ª. ed. São Paulo: Globo. 2012. p. 122.

⁷⁶ Raymundo Faoro toma cuidado ao trazer a descrição de como referida aliança se dava àquele momento. Segundo o autor: “O sistema armava-se em três lados: o rei, concessionário e garante da integridade do comércio, com suas armadas e suas forças civis de controle do território; o contratador, armador de naus, vinculado aos financiadores europeus, interessados, por sua vez, na redistribuição da mercadoria na Europa; e o estabelecimento americano, a feitoria, de velha tradição, largamente utilizada na Índia e na África, reduzida no Brasil, a ‘apenas abrigos para a reunião e proteção das diferentes mercadorias à espera de transporte’”. (Ibidem, p. 125).

⁷⁷ Ibidem, p. 136.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Sérgio Buarque de Holanda afirma que a colonização se deu por meio de exploradores com espírito aventureiro, ou seja, o humano que ignora as fronteiras, dotado de ambição, que vive em espaços ilimitados e possui projetos vastos que se traduziam na “ânsia de prosperidade sem custo, de títulos honoríficos, de posições e riquezas fáceis, tão notoriamente característica de gente de nossa terra [...]” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 53).

concessão de privilégios que, segundo Raymundo Faoro, seriam “[...] privilégios extraordinários para uma aventura fora dos padrões usuais”⁸⁰. Aqui se tem, assim, a possibilidade de a iniciativa particular participar do processo de colonização das novas terras, onde teria liberdade no espaço a si reservada, com a devida atenção e controle, no entanto, do poder público. Havia uma divisão entre as competências do poder público e do privado nesse momento, aonde “a agricultura, o comércio e a indústria eram livres aos colonos, dentro de um campo rigidamente fixado, com exclusão das moendas e engenhos, bem como dos monopólios reais, como o pau-brasil, escravos, especiarias e drogas, expressa, desde logo, a reserva do quinto dos metais e pedras preciosas”⁸¹.

Surge em consequência desse novo movimento a necessidade de se garantir o controle e vivência dos novos exploradores e de suas atividades na nova terra, tornando assim a Capitania como um centro capaz de garantir de certo modo a ordem social. Ela seria, então, responsável por garantir a defesa externa da colônia, adquirindo papel de estabelecimento militar, bem como garantir o incremento das atividades econômicas e, conseqüentemente, o comércio português. Recai, assim, inúmeras competências à figura do capitão – líder da capitania – que teria sob o seu manto a possibilidade de “[...] criar vilas, nomear ouvidores, dar tabelionatos tanto de notas como judiciais, tudo, porém, sujeito à alçada, com reserva vigilante, embora nem sempre clara do monarca”⁸².

Os privilégios se davam, por sua vez, através de doações de terras produtoras aos exploradores quase que sem nenhum encargo, cabendo ao colono produzir na terra, tendo-a para si livre de ônus, a não ser nos casos em que não houvesse produção, em que poderia perder seu pedaço de chão e responder perante a justiça do soberano. Essa distribuição de privilégios, ou seja, de terras para produção foi ponto importante para a colonização do Brasil, vez que, além da agricultura ser capaz de criar riquezas, tinha a capacidade, também, de condensar populações⁸³.

Essa descrição de como teve início a construção do Brasil, a partir do momento colonizador, tem sua importância para a busca dos fatores que levaram ao modelo administrativo e político atual. Pois, esse modelo colonizador e a forma como

⁸⁰ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: Formação do patronato político brasileiro. 5ª. ed. São Paulo: Globo. 2012. p. 137.

⁸¹ Ibidem, p. 140.

⁸² Ibidem, 139-41.

⁸³ Ibidem, p. 146-147.

o povoamento brasileiro se deu, impactou e causa impactos até hoje na estrutura social pátria.

Afinal, a distribuição de privilégios já àquela época na forma de terras para os novos exploradores influenciou em muito a formação política e administrativa brasileira. Por certo que já no Brasil Colonial tinha-se a distribuição de terras como uma obra política e comercial. Seriam as chamadas “sesmarias” que nada mais eram do que a distribuição de terras brasileiras aos colonos que tivessem a vontade de se aventurar por aqui⁸⁴.

Deve-se considerar, todavia, que Portugal não possuía uma estrutura administrativa capaz de efetivamente cuidar dos interesses dos colonos que vinham ao Brasil, sua estrutura administrativa permitia tão somente resguardar a garantia de que os tributos devidos à Coroa fossem efetivamente pagos, de tal modo que a real estrutura da então Colônia ficou ao encargo e teve sua formação a partir de investimentos privados, ou seja, “[...] foram financiados por particulares, construídos por particulares e para fins particulares”⁸⁵. Ainda mais, considerando essa fraca estrutura, em não raras vezes a aplicação das leis portuguesas na colônia ficava a encargo desses próprios particulares empresários e exploradores⁸⁶. A única coisa semelhante a uma estrutura de administração que zelava pelos interesses dos colonos seriam as chamadas câmaras municipais que eram integradas apenas por pessoas influentes das vilas e que teriam exclusividade e competência para exercer o cargo político⁸⁷.

As câmaras, segundo Paulo Ricardo Schier, seriam compostas por 3 ou 4 homens da elite das vilas e seriam dirigidas por um juiz ordinário cuja escolha vinha dos integrantes dessa mesma elite social. Ademais, teriam por função, dentre tantas outras, as de resolver problemas econômicos locais, criar regras para o funcionamento do comércio, cuidar da limpeza das vilas e etc⁸⁸. Certo é que essas

⁸⁴ Segundo Raymundo Faoro, as “sesmarias” se davam da seguinte maneira: “O rei, em nome da Ordem de Cristo, já longamente absorvida pela Coroa, distribuiu, por meio dos donatários, os chãos aráveis, sem nenhum encargo a não ser o dízimo. Isento de foro, de contribuição aos capitães, o colono – o morador – só respondia pelo não cultivo, cláusula essencial na restrição do domínio, ao soberano e à justiça”. (FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5ª. ed. São Paulo: Globo. 2012. p. 147).

⁸⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba. Juruá. 2017. p. 49.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ De acordo com o autor, “tais câmaras, compostas por 3 ou 4 homens bons (só bem depois foram chamados de vereadores) eram dirigidas por um juiz ordinário escolhido pelos integrantes da elite da

câmaras não possuíam independência institucional, estavam vinculadas às vontades da Coroa portuguesa, o que não impedia, todavia, algumas tomadas de decisões contrárias aos interesses monarcas, de sorte a gerar fortes repressões e intervenções dos colonizadores sobre as vilas⁸⁹.

Perceba-se que tais câmaras possuíam um forte caráter elitista, vez que somente homens detentores de terras e influentes na sociedade poderiam delas fazer parte. Não se pode negar, no entanto, que a partir da criação delas é que se iniciou um desenvolvimento mais complexo do exercício político e econômico das localidades, sendo certo que foi ele um fator “[...] determinante para o enraizamento de um forte elitismo e oligopolismo e, bem mais tarde, o que se denominou ‘coronelismo’”⁹⁰.

Isso se justifica vez que as câmaras detinham para si todas as funções políticas inerentes ao governo local (legislativo, executivo e judicial). Havia, assim, uma administração geral que englobava tanto a esfera administrativa, quanto a judiciária, com uma “[...] complexa distribuição de encargos, sujeita a superposições e conflitos de competências”⁹¹. Considerando esse cenário, se estava diante de um caos administrativo, pois não haviam, na administração colonial, princípios basilares e uniformes que fossem respeitados por todos para dar lógica e organizar o sistema⁹², competia às capitanias dar conta do recado e administrar os seus respectivos territórios, sob o olhar de um secretário de Estado dos Negócios da Marinha e Territórios Ultramarinos⁹³.

cidade. As funções delas, criadas pelo Governador-Geral de Portugal para o Brasil, eram principalmente as de (i) resolver problemas locais de ordem econômica, política e administrativa nas vilas e município, (ii) gerenciar os gastos e rendas, (iii) promover ações judiciais, (iv) construir obras públicas necessárias ao desenvolvimento municipal tais como pontes, ruas, estradas, prédios, (v) criar regras de funcionamento do comércio local, (vi) zelar pela conservação e limpeza das áreas públicas”. (SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba. Juruá. 2017. p. 50).

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, p. 52.

⁹¹ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 833.

⁹² Frederico Lustosa da Costa bem ilustra a situação da administração colonial, segundo o autor: “Tratava-se de um cipoal de ordenamentos gerais, encargos, atribuições, circunscrições, disposições particulares e missões extraordinárias que não obedeciam a princípios uniformes de divisão de trabalho, simetria e hierarquia. O caos legislativo fazia surgir num lugar funções que não existiam em outros; competências a serem dadas a um servidor quando já pertenciam à terceiros; subordinações diretas que subvertiam a hierarquia e minavam a autoridade”. (Ibidem, p. 832).

⁹³ Segundo o autor já acima referido, ainda, “[...] a administração colonial estava organizada em quatro níveis – as instituições metropolitanas, a administração central, a administração regional e a administração local. Essa estrutura tinha em seu topo o Conselho Ultramarino, subordinado ao

As condições desse modelo administrativo seguiram efetivamente até a vinda da família real portuguesa para o Brasil em 1808, que buscou implementar no país uma forma de estrutura administrativa idêntica à que já se tinha no Reino⁹⁴. A partir desse momento histórico em específico é que as águas do modelo administrativo da colônia tomaram um novo caminho, pois “[...] foi a instalação da corte que transformou uma constelação caótica de organismos superpostos em um aparelho de Estado”⁹⁵. Foi esse momento de transferência da Coroa para as terras daqui que “[...] criou condições para a emergência do espaço público e a formação da burguesia nacional, tornando impossível a restauração da situação colonial anterior e favorecendo a independência nacional”⁹⁶.

Com essa mudança de perspectiva, há uma construção e transferência de todo um aparato burocrático à colônia vindo de Portugal, de modo a permitir uma concreta constituição do Estado, permitindo a sua projeção por todo o território e possibilitando a produção e aplicação, pelo governo, de políticas⁹⁷. Essa construção de um cenário que permitisse a governabilidade da Coroa se traduziu na formação de novos ministérios, tais como o dos Negócios do Reino, da Guerra e Estrangeiros, entre outros. Além do mais, a instalação da Coroa em terras brasileiras trouxe outras estruturas administrativas que tanta utilidade não detinham, mas que permitiam a criação de cargos e honrarias para a alocação dos tantos portugueses que haviam acompanhado até aqui⁹⁸. Mas não só de ministérios e estruturas administrativas para pagar favores e comprar lealdades a Coroa se ocupou. Preocupou-se, também, com a criação de instituições úteis como a Academia da Marinha, Biblioteca nacional e o Banco do Brasil, foram, assim, “[...] leis, cidades, indústrias, estradas, edificações,

Secretário de Estado da Marinha e territórios Ultramarinos que se ocupava de todos os aspectos da vida das colônias, à exceção dos assuntos eclesiásticos, a cargo da Mesa de Consciência e Ordens” (COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-874. p. 832).

⁹⁴ GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895)**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 154.

⁹⁵ COSTA, Frederico Lustosa da. Op. Cit., p. 831.

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Segundo Walter Guandalini Junior, “são exemplos de estruturas criadas já em 1808 com a chegada da Coroa ao Brasil: “o Gabinete ministerial, o Conselho de Estado, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, a Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, a Casa de Suplicação, o Erário Público, a Junta de Comércio e a Intendência Geral de Polícia [...]”. (GUANDALINI JUNIOR, Walter. Op. Cit., p. 153).

impostos, cadeias, festas e costumes que foram introduzidos no pacato cotidiano da antiga colônia⁹⁹.

Ou seja, a vinda da família real para o Brasil causou grandes mutações nos mais diversos sentidos, seja em questões como de organização administrativa, seja em questões de influência culturais e estruturas físicas no novo Estado¹⁰⁰. Essas mudanças devem ser levadas em conta com atenção pois são diretamente correlacionadas com o modelo de Estado que hoje se tem nesse território. Afinal, não se pode negar que

[...] a transferência da corte e mais tarde a elevação do Brasil a parte integrante do Reino Unido de Portugal constituíram as bases do Estado nacional, com todo o aparato necessário à afirmação da soberania e ao funcionamento do autogoverno. A elevação à condição de corte de um império transcontinental fez da nova administração brasileira, agora devidamente aparelhada, a expressão do poder de um Estado nacional que jamais poderia voltar a constituir-se em mera subsidiária de uma metrópole de além-mar¹⁰¹.

Todavia, mesmo com essa mudança na perspectiva da estrutura administrativa, algumas outras questões não escapavam de causar certos imbróglis ao modelo implantado com a vinda da Coroa. A realidade era de que, mesmo com a construção de aparatos administrativos e estruturais que formariam centros, por assim dizer, urbanos, a vida social do Brasil se dava, inevitavelmente, nos polos rurais. Toda a estrutura da colônia se deu, desde a sua descoberta, longe dos meios urbanos, situação que imperou nas terras daqui até muito depois de sua independência e que causa, até hoje, reflexos na sociedade¹⁰². Lembre-se que o povoamento da Colônia brasileira em seus primórdios se deu a partir da concessão de terras aos aventureiros que para cá vieram, sob a perspectiva de tornarem as terras férteis e obterem meios de subsistência. Por certo, não era exatamente essa a intenção de Portugal¹⁰³, mas foi com o que se deparou quando de sua fixação pelas bandas de cá.

⁹⁹ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 836.

¹⁰⁰ Bom exemplo disso foi a construção do Jardim Botânico do Rio de Janeiro e da Academia de Belas Artes (Ibidem).

¹⁰¹ Ibidem, p. 836.

¹⁰² HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 85.

¹⁰³ Nas palavras de Sérgio Buarque de Holanda: “não foi (...) uma civilização tipicamente agrícola o que instauraram os portugueses no Brasil com a lavoura açucareira. Não o foi, em primeiro lugar, porque tanto não conduzia o gênio aventureiro que os trouxe à América; em seguida, por causa da escassez da população do reino, que permitisse emigração em larga escala de trabalhadores rurais, e finalmente

Essa circunstância gerou consequências ao modelo de governo instalado, uma vez que, em não raros casos, os donos de terra tornaram-se latifundiários, verdadeiros barões que, a partir de sua produção agrícola, conseguiam se manter e formar grandes centros agrícolas no interior. Isso ocasionava certa tensão entre as intenções do governo, especialmente no que toca à formação de centros urbanos, e os latifundiários em seus “centros rurais”.

A organização dos ofícios trazida por Portugal, enfim, enfrentava dificuldades em ser implementada, vez que as condições dominantes por aqui eram de “[...] uma preponderância do trabalho escravo, indústria caseira, capaz de garantir relativa independência aos ricos, entretendo, por outro lado, o comércio e, finalmente, escassez de artífices livres na maior parte das vilas e cidades”¹⁰⁴.

Com isso, havia uma necessidade de coalizar as intenções da Coroa com os interesses dos proprietários de terra que formavam certas “oligarquias locais” responsáveis em grande parte por dar sustentação econômica à família real. Ainda mais, esse jogo de benefício de interesses permitia a consecução de outro objetivo governamental: o de unificação territorial, em contraponto aos movimentos separatistas que vinham se formando pelos poderes econômicos locais com o intuito de conseguir uma maior autonomia. Não bastasse isso, outro fator importante estava no fato de que a legitimidade da realeza portuguesa na colônia dependia, em grande medida, do apoio dos grandes oligarcas rurais¹⁰⁵.

Diante disso, tinha-se no Brasil “[...] um quadro que colocou em pauta muitos interesses potencialmente colidentes: família real, Corte, ‘nobreza local’ (oligarquias econômicas que já haviam se afirmado no território), estrangeiros (mormente ingleses), portugueses, comerciantes locais, trabalhadores e escravos”¹⁰⁶.

Havia um cenário onde a necessidade de que a administração geral administrasse interesses particulares das grandes elites era imanente, de tal sorte que o que foi se formando por aqui seria uma administração pública voltada à consecução de interesses privatistas das elites agrárias e da Corte portuguesa que está

pela circunstância de a atividade agrícola não ocupar então, em Portugal, posição de primeira grandeza. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 57).

¹⁰⁴ Ibidem, p. 67.

¹⁰⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá. 2017. p. 55.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 55-56.

intimamente ligada e deu origem a ideia de uma cultura patrimonialista¹⁰⁷ e, conseqüentemente, clientelista¹⁰⁸.

Essa necessidade de se fazer uma política de interesses gerou para o modelo político e administrativo brasileiro algumas heranças indesejadas, enfim. A cultura patrimonialista empregada pela nobreza portuguesa em seu tempo de regência na Colônia causou sérios impactos para o modelo que faz, hoje, do Brasil, Brasil.

A partir da influência de uma ideologia patrimonialista, e mesmo depois de declarada a independência do Brasil¹⁰⁹, tendências culturais como o coronelismo¹¹⁰, clientelismo¹¹¹ e mandonismo¹¹² vieram à tona com força para a cultura nacional.

É certo que, mesmo com a proclamação da independência e com a transformação do Brasil colônia em Brasil República, não houve, em um primeiro momento uma forte alteração das estruturas socioeconômicas que decorriam do império. Houve, de fato, a promulgação da primeira Constituição do Brasil que ainda mantinha a monarquia e que constituía um Estado unitário e centralizador, em que havia uma substituição das antigas capitanias pelas províncias, mas que mantinha, também, as organizações municipais praticamente do mesmo modo como se encontravam, sob o respaldo das já antigas câmaras. Ainda, passos importantes no sentido da busca pela descentralização foram dados, instituindo-se um poder

¹⁰⁷ De acordo com Paulo Ricardo Schier: “No Brasil o patrimonialismo se implantou de forma quase natural e se enraizou na cultura daqueles que ganharam território. A justificativa era simples: antes da vinda da família real, não foi Portugal quem criou o país. O país foi criado por exploradores, comerciantes, aventureiros e todo tipo de gente que se dispunha a investir aqui e daqui retirar seus lucros, os ‘homens bons’”. (SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 57).

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ A independência do Brasil se deu a partir de uma série de fatores que colocaram a Coroa em oposição aos interesses da metrópole como, por exemplo, os conflitos em matéria fiscal, de uma retomada de condições colonialistas por aqui, da exigência de retorno do príncipe para Portugal. (COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 837).

¹¹⁰ Segundo José Murilo de Carvalho, o coronelismo seria “[...] um sistema político, uma complexa rede de relações que vai desde o coronel até o presidente da República, envolvendo compromissos recíprocos”. (CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma discussão conceitual. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2, 1997, p. 230).

¹¹¹ O clientelismo, por sua vez, segundo o mesmo autor, indicaria “[...] um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, sobretudo na forma de voto”. Seria ele “[...] um atributo variável de sistemas políticos macro e podem conter maior ou menor dose de clientelismo nas relações entre atores políticos”. (Ibidem, p. 233).

¹¹² Ainda, para José Murilo Carvalho, o mandonismo, em contraponto, não seria um sistema, mas sim uma “[...] característica de política tradicional. Existe desde o início da colonização e sobrevive ainda hoje em regiões isoladas. A tendência é que desapareça completamente a medida que os direitos civis e políticos alcancem todos os cidadãos”. (ibidem, p. 232).

legislativo providencial e implementando-se medidas para a divisão de rendas entre o governo central e as províncias. Movimentos políticos também vieram à baila, em especial no que se referia a abolição ou não dos escravos, gerando discussões entre os proprietários de terras e os setores urbanos¹¹³. O que não se mudava, contudo, era o fato de que a força econômica nacional ainda continuava na mão da cultura agrícola, dos grandes latifundiários¹¹⁴.

Nesse capítulo da história, o governo provisório tomou as atitudes necessárias para ver o novo regime vingar e convocou, então, eleições para a formação de uma assembleia constituinte. Foi, nesse momento da história do país, que restou instituído o presidencialismo e um regime político federalista¹¹⁵. Não se pode deixar levar pelos contos mais brandos, todavia, a respeito desse momento específico do cenário nacional. Isso porque o novo regime foi implementado em grande medida devido à pressão dos grandes e ricos setores privados da nação. Conforme aponta Frederico Lustosa da Costa:

A república federalista, com estados politicamente autônomos, consagrou um novo pacto político que acomodava os interesses das elites econômicas do Centro-Sul e do resto do país. O governo federal ocupava-se de assegurar a defesa e a estabilidade e proteger os interesses da agricultura exportadora através do câmbio e da política de estoques, com reduzida interferência nos assuntos 'internos' dos demais estados¹¹⁶.

Ou seja, as regras do jogo continuavam sendo mantidas. A troca de interesses políticos e econômicos encontrava-se nítida no cenário pós-independência. Os grandes poderes econômicos privados detinham um forte poder de barganha para

¹¹³ A discussão se dava, principalmente, devido ao fato de que “[...] a presença do negro representou sempre fator obrigatório no desenvolvimento dos latifúndios coloniais”, de tal modo que se torna possível afirmar que “[...] a grande lavoura, conforme se praticou e ainda se pratica no Brasil, participa, por sua natureza perdulária, quase tanto da mineração quanto da agricultura. Sem o braço escravo e terra farta, terra para gastar e arruinar, não para proteger ciosamente, ela seria irrealizável”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 56).

¹¹⁴ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 837-839.

¹¹⁵ Nesse momento houve uma maior clarificação da separação dos poderes da República. Deu-se continuidade a estrutura bicameral do Legislativo, formado agora pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, sendo que seus mandatos passaram a ter tempo certo e se darem mediante eleições. Ainda, se ampliaram as autonomias do Poder Judiciário. Criou-se o Tribunal de Contas para fiscalizar os gastos estatais. As províncias foram transformadas em Estados com maior autonomia e possibilidades de arrecadação próprias, onde seus líderes (governadores) passaram a ser eleitos com mandato por duração certa. Essas foram algumas mudanças substanciais do novo regime federalista. (Ibidem, p. 839).

¹¹⁶ Ibidem, p. 840.

com os estados e nação. Dependiam deles para prosperar economicamente, ao mesmo tempo que eram indispensáveis para a manutenção dos poderes políticos.

Aqui é exatamente onde se pode perceber nitidamente a figura do coronelismo, dessa relação de troca de favores entre poder público, que começa a ganhar força, e a “influência social dos chefes locais”, donos de terras, cujo poder e influência devem buscar manter¹¹⁷.

Nesse cenário de uma política de interesses recíprocos entre Governo e as grandes elites, estabeleceu-se “[...] uma espécie de federalismo distorcido”, em que “as elites agrárias locais assumiram o compromisso de garantir a eleição do presidente da república e conferir ao governo central maioria no parlamento”¹¹⁸. Essa situação era garantida a partir da própria ideia dos votos de cabresto em que o Coronel, como chefe municipal da localidade, tinha para si o comando discricionário sob as intenções de voto de um número considerável de pessoas (seus trabalhadores rurais). Uma das justificativas desse seu poder de influência e determinação nos votos políticos advinha do fato de que ele – o Coronel – representava, no espaço que controlava, uma série de instituições sociais, vez que era o proprietário de terra e que exercia uma série de ações sobre os seus dependentes, seja na solução e composição de rixas e desavenças, proferindo, em alguns casos, verdadeiras decisões arbitrárias, mas que sempre eram respeitadas; seja devido a sua própria e extensa função policial, com ou sem caráter oficial, mas que garantia a segurança e imposição de suas vontades no seu meio físico¹¹⁹.

Segundo Victor Nunes Leal, haveria nesse modelo coronelista dos votos de cabresto um binômio traduzido na pessoa do senhor das terras e seus dependentes, vez que “completamente analfabeto, ou quase, sem assistência médica, não lendo jornais nem revistas, nas quais se limita a ver figuras, o trabalhador rural, a não ser em casos esporádicos, tem o patrão na conta de benfeitor”, sendo consequência disso, então, que, no plano político, o trabalhador rural lutará “[...] com o coronel e pelo coronel. Aí estão os votos de cabresto, que resultam, em grande parte, da nossa organização econômica rural”¹²⁰.

¹¹⁷ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: O município e o regime representativo no Brasil. 7ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2012. p. 44.

¹¹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba. Juruá. 2017. p. 62.

¹¹⁹ LEAL, Victor Nunes. Op. Cit., p. 45-46.

¹²⁰ Ibidem, p. 47.

Esse cenário se manteve por longo período de tempo, até que mudanças começaram a surgir devido a fenômenos como a urbanização e o aumento dos índices de educação, de modo que quanto mais se diversificavam questões relativas às ofertas de emprego e quanto mais se crescia a economia do país, mais o coronelismo perdia sua força e, conseqüentemente, menos oportunidades de influência e lugares no poder existiam¹²¹.

O fato é que essa necessidade e cultura de se trocar votos privados por benesses públicas sempre esteve presente no Brasil, uma cultura que possuía uma “arquitetura estatal (...) simples”, na qual “bastava aos poderosos o controle, por via de indicação ou parentesco, de meia dúzia de cargos governamentais e estava assegurada a proteção de seus interesses”, sendo interesse primário dos chefes locais um acesso livre e permanente aos “balcões do Estado”¹²².

O interessante é que o controle dos votos, ou seja, a influência política dos coronéis sobre seus empregados, não dependia de barganhas em troca de postos públicos. Isso porque as suas moedas de troca, como já se pôde perceber, referiam-se muito mais a garantia de empregos e proteção física do que a outras coisas. Pois,

não existem obras públicas nos rincões coronelistas patrocinadas pelos senhores locais. Eles garantem algo bem mais essencial, dado o nível de carências, às populações sobre sua guarda. É em suas terras que os camponeses destituídos de títulos de propriedade encontram a oferta de emprego e, pois, de sobrevivência¹²³.

Pode-se perceber, assim, que esse fenômeno de interferência política das grandes elites no cenário político, influenciando e elegendo os candidatos que lhes trariam benefícios e garantiriam a manutenção de suas posições sociais, sempre se fez presente¹²⁴.

Esse cenário se mantém até a efetiva expansão do capitalismo¹²⁵, onde o seu caráter competitivo começa a desestruturar os poderes locais ante a diminuição dos

¹²¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro**: do voto disperso ao clientelismo concentrado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006. p. 58.

¹²² Ibidem, p. 60.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ Sérgio Buarque de Holanda bem relata o fato já no Estado Monárquico, onde “[...] eram ainda os fazendeiros escravocratas e eram filhos de fazendeiros, educados nas profissões liberais, quem monopolizava a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios, em geral todas as posições de mando, e fundando a estabilidade das instituições nesse incontestado domínio”. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2014. p. 85-86).

¹²⁵ Entenda-se por expansão do capitalismo a preocupação do Estado em emergir economicamente, através da estruturação de um plano econômico que visava, inclusive, a valorização da moeda nacional.

monopólios de emprego agrícolas de herança tão forte em terras nacionais. Essa inversão de cenário advém de uma forte influência burocrática que obrigou as elites agrárias a procurar o Estado a fim de obter a consecução de seus interesses, a exemplo de legislações que lhes favoreçam¹²⁶.

As principais causas de mudança desse modelo se deram, então, a partir da diversificação da economia, dos primeiros passos da industrialização, bem como diante do aumento dos setores urbanos e de uma nova organização política dessas camadas urbanas. Mais do que isso, a nova força política do exército passou a ser chave importante contra as revoltas e em prol de ideias modernizadoras, de modo que o antigo modelo passa a perder sua força, dando azo a novas perspectivas nas quais a revolução de 30 teve grande importância encerrando com os pactos antes existentes com as oligarquias locais¹²⁷.

De todo o descrito até aqui pode-se perceber que, desde o período Brasil colônia e da implantação do primeiro modelo que pôde ser considerado como administrativo, tendências patrimonialistas, como as vistas nas linhas antecessoras do presente texto, fizeram e fazem parte de sua construção até os tempos de hoje. O modelo administrativo atual, em certa medida, está viciado por esses tipos de questões, causando prejuízos e deficiências ao próprio modelo administrativo em si¹²⁸. Está-se diante de um círculo vicioso.

Contudo, fatos benéficos para a construção da base do modelo administrativo que hoje se tem também existiram. Certamente, as ideias de aparato burocrático trazidas por Portugal em muito influenciaram na formação do modelo administrativo atual. Percebia-se a necessidade de crescimento nacional e de organizar administrativamente o Estado, iniciando um processo de desligamento para com as forças oligárquicas locais, buscando uma modernização do aparelhamento estatal e,

Para detalhes a respeito deste momento de expansão do capitalismo no Estado, ver: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5ª. ed. São Paulo: Globo. 2012. Cap. XV, parte 3.

¹²⁶ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006. p. 61.

¹²⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 840.

¹²⁸ Nessa esteira, afirma Gustavo Binembojm que “[...] o modelo de administração implantado a reboque da colonização de exploração, somado ao patrimonialismo da Coroa portuguesa[...]” tornou-se nota característica da cultura política brasileira (BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 17).

inclusive, maior participação popular de todos politicamente. Se assim o foi, portanto, pretende-se nas linhas subsequentes, demonstrar que pensando exatamente nessas questões – buscar uma maior eficiência por parte do Estado, indo em confronto com os vícios acima vistos – é que as reformas administrativas pelas quais o Estado Brasileiro passou vieram à tona com seu devido grau de importância.

Falar a respeito das reformas administrativas é importante para o presente trabalho uma vez que foram momentos importantes de maturidade e construção da Administração Pública moderna. A ideia de uma burocratização do Estado preocupada com a busca pela eficiência se torna clarividente, estando no “[...] horizonte da administração pública que se consolida e atualiza”¹²⁹.

Nesse tocante, a década de 30¹³⁰ marcada por uma “[...] modernização das estruturas do governo federal e a profissionalização dos quadros da administração pública [...]” foi marco importante na história do país. Especialmente a partir de 1937, na chamada ditadura Vargas, quando se pôs em prática uma verdadeira reforma de Estado pautada em ideais de construção nacional¹³¹. Para garantir essas consecuições, Getúlio Vargas trouxe propostas inspiradas no modelo administrativo britânico para uma modernização do estado, tais diretrizes alvitadas se referiam à criação de “[...] critérios profissionais para o ingresso no serviço público, desenvolvimento de carreiras e regras baseadas no mérito”. Para buscar esse fim, de ver referidas diretrizes efetivamente implementadas, formar profissionais para ocupar os altos escalões de governo e, ainda, com o intuito de fiscalizar as atividades da

¹²⁹ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 841.

¹³⁰ Segundo Olavo Brasil de Lima Junior, “a revolução de 1930, simbolicamente associada à quebra da espinha dorsal das oligarquias regionais, teve como desdobramento principal a criação do estado administrativo no Brasil, através de dois mecanismos típicos da administração racional-legal: estatutos normativos e órgãos normativos e fiscalizadores”. (LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do serviço público (RSP)**. Ano 49, n. 2, abr-jun, 1998. p. 5).

¹³¹ De acordo com Luciano Martins, essa construção nacional da década de 30 contemplou e implementou ao menos três importantes intervenções estatais preocupadas com o desenvolvimento, quais sejam: “a nacionalização dos recursos minerais (1934), a nacionalização das jazidas de petróleo (1938) e a construção da primeira siderúrgica moderna (estatal) no Brasil (1939-41)”. (MARTINS, Luciano. Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral. **Cadernos ENAP**. Brasília, 1997, p. 61. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1748/caderno%20enap%208.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 maio 2017. p. 16).

administração pública, Getúlio Vargas cria, então, o Departamento de Administração do Serviço Público – DASP¹³².

Era certa a necessidade de implementação da reforma, a fim de ir em confronto com os vícios patrimonialistas pertencentes e enraizados no modelo de Estado português. Assim, diante dessa necessidade é que, em 1936, se cria o DASP¹³³ cuja função era, em grande parte, de formular e executar os ideais da reforma¹³⁴.

A chamada reforma burocrática vem à tona, então, com objetivos que circundavam principalmente as áreas de “[...] administração de pessoal (com o sistema de mérito fundamentando a reforma); o orçamento e a administração orçamentária (concepção de orçamento como um plano de administração); a administração material (especialmente sua simplificação e padronização); e a revisão de estruturas e racionalização de métodos”. Mais do que isso, buscou-se, com a cooperação do DASP, o estabelecimento de alguns órgãos reguladores, especialmente nas áreas econômicas e sociais que, como consequência de sua criação, deram azo à criação de algumas empresas de economia mista, de modo a dar origem “[...] ao núcleo estrutural do desenvolvimento econômico e social, que posteriormente teve grande expansão”¹³⁵.

A ideia da reforma burocrática trouxe “[...] uma difusão de ideias e práticas modernizadoras da administração”¹³⁶, trazendo, a exemplo, a importância de treinamento e aperfeiçoamento para os servidores públicos¹³⁷, bem como a

¹³² MARTINS, Luciano. Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral. **Cadernos ENAP**. Brasília, 1997, p. 61. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1748/caderno%20enap%208.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 maio 2017. p. 16.

¹³³ Segundo Irene Patrícia Nohara, a partir da criação do DASP, há a primeira Reforma da Administração Pública, que tinha como uma de suas intenções “[...] a tentativa de substituição do patrimonialismo pelo modelo burocrático” (NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impactos da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 8).

¹³⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998. p.164.

¹³⁵ Ibidem, p. 165.

¹³⁶ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de administração pública**. Rio de Janeiro, abr-jun, pp. 27-75. 1974. p. 29.

¹³⁷ De acordo com Beatriz M. de Sousa Wahrlich, “a reforma administrativa de pessoal foi a contribuição mais significativa da época. Suas características específicas podem assim resumidas: Igualdade de oportunidade para o ingresso no Serviço Público (sistema do mérito); ênfase nos aspectos éticos e jurídicos das questões de pessoal (coibição de privilégios, e impessoalidade); planos gerais e uniformes de classificação de cargos e fixação de salários (padronização classificatória e salarial); autoritarismo acentuado (com progressiva rigidez e centralização do controle); ausência de percepção das disfuncionalidades verificadas em consequência das características anteriormente mencionadas;

contratação de especialistas em administração que foram alocados em diversos órgãos do setor público com o intuito de possibilitar os ideais da reforma e a busca pela eficiência do Estado¹³⁸.

No período referente à primeira reforma (1930-1945) se buscou a implementação de um modelo administrativista centralizador, delineando-se, especialmente após 1937, uma nova característica de atuação do Estado que buscava para além da concretização de um estado administrativo centralizador, uma feição intervencionista, sendo certo que a essa nova característica de atuação, somaram-se, ainda, “[...] a criação de autarquias e de empresas que criaram a base futura para o estado desenvolvimentista”¹³⁹.

Pode-se dizer que a reforma administrativa de 30, logo nos seus primeiros 10 anos, estabeleceu “[...] as normas básicas que efetivamente criaram a administração pública no Brasil”¹⁴⁰. Afinal, se baseava em uma teoria administrativa que já vinha sendo aplicada nos países mais desenvolvidos, baseando-se em uma ideia de um modelo taylorista weberiano e consagrando a existência de verdadeiros princípios de administração¹⁴¹.

Certamente esse momento reformista trouxe grandes pontos positivos para a construção do modelo administrativo brasileiro. Seu pensamento estava ligado à busca da modernização e da eficiência do Estado, tentando solapar as heranças patrimonialistas e coronelistas construídas a partir da colonização portuguesa e perpetuadas na República Velha. Tinha por fundamento a teoria burocrática de Max Weber, buscando um desenvolvimento específico das atividades da Administração Pública, ocasionando, antes de um aumento extensivo e quantitativo das tarefas administrativas, uma ampliação intensiva e qualitativa destas mesmas atividades¹⁴².

Tanto é verdade a afirmação de que a reforma administrativa de 1930 somente se fez possível ante ao seu caráter autoritário, sobre o qual Luiz Carlos Pereira Bresser afirma que “[...] não é surpreendente (...) que logo após o colapso do

globalismo na concepção da reforma, bem como na sua exceção” (WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de administração pública**. Rio de Janeiro, abr-jun, pp. 27-75. 1974. p. 29).

¹³⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998. p. 165.

¹³⁹ LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do serviço público (RSP)**. Ano 49, n. 2, abr-jun, 1998. p. 6.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Op. Cit., p. 28.

¹⁴² WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1963. p. 243-246.

regime autoritário de Getúlio Vargas os fatores patrimonialistas e clientelistas tenham novamente se feito sentir de forma poderosa”, pois “Vargas foi deposto em outubro de 1945, fazendo com que faltasse à reforma burocrática o respaldo que o regime autoritário lhe conferia”, de tal sorte que, nos anos que se passaram, a reforma perdeu sua força, sendo tratada de forma desimportante pelo governo, permitindo, novamente, o crescimento de práticas clientelistas dentro do Estado¹⁴³.

Perceba-se, portanto, que a reforma administrativa de Vargas serviu de base para o modelo administrativo atual. A ideia de burocratização do Estado pautada nos ideais Weberianos¹⁴⁴ por certo teve grande influência social, econômica e governamental àquela época e para os dias de hoje. Pensar em uma administração pública voltada à consecução e melhoria dos serviços públicos foi fator importante para toda a construção das ciências administrativas, bem como para impedir a propagação de práticas clientelistas, coronelistas e patrimonialistas na forma de governo. Repise-se, no entanto, que tais medidas somente foram possíveis ante a existência de um governo autoritário e centralizador, características temerosas e perigosas para a efetiva formação de um Estado preocupado com o bem dos cidadãos. E não deixa de ser curioso notar que o marco teórico adotado por tal Governo autoritário tenha sido Max Weber, que defendia a ideia de que “a burocracia e a democracia andam de mãos dadas”¹⁴⁵.

De todo modo, não se pode negar a importância deste momento para o desenvolvimento do cenário administrativo e político do Brasil. De fato, a construção de uma importante estrutura administrativa teve seu marco inicial com Getúlio Vargas, implantando um modelo burocrático de gestão, bem como abrindo os portões para o capitalismo urbano¹⁴⁶. Com Vargas, inegavelmente, o Brasil passa a ser dotado não

¹⁴³ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998. p. 166.

¹⁴⁴ De acordo com Max Weber, “a burocratização oferece acima de tudo, a possibilidade ótima de colocar-se em prática o princípio da especialização das funções administrativas, de acordo com considerações exclusivamente objetivas. Tarefas individuais são atribuídas a funcionários que têm treinamento especializado e que, pela prática constante, aprendem cada vez mais. O cumprimento ‘objetivo’ das tarefas significa, primordialmente, um cumprimento de tarefas segundo *regras calculáveis* e ‘sem relação com pessoas’” (WEBER, Max. **Ensaio de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1963. p. 250).

¹⁴⁵ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 55.

¹⁴⁶ Esta afirmação se justifica vez que, na Era Vargas, se dá início a uma decadência “[...] das elites oligárquicas tradicionais, o que contribuiu para o fim do chamado estado oligárquico. A partir de 1930, sobretudo após a instauração do Estado Novo, em 1937, toda essa estrutura imposta ‘pelo alto’ (...), no correr dos tempos dos barões de café, sofreu uma crise em suas velhas formas de organização política e social. Daí em diante, as decisões relativas às políticas públicas passaram a depender, mais

só de uma nova estrutura de Estado, mas também de uma nova relação sua para com a sociedade. Conforme aponta Carlos Henrique Assunção Paiva, “houve, a um só tempo, um acréscimo do poder interventor do governo e uma abertura para a representação de grupos e segmentos sociais, antes alijados do jogo político”¹⁴⁷.

Com o fim da era Vargas, após a sua deposição em 29.10.45, há um primeiro passo à redemocratização do país, com ela foi instaurada, em 02 de fevereiro de 1946, nova assembleia constituinte que daria forma e nascimento a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 18 de setembro de 1946¹⁴⁸. O novo texto constitucional trouxe consigo a intenção de superar o autoritarismo, dando força para uma democracia representativa¹⁴⁹, em que o poder seria exercido pelos mandatários eleitos pelo povo por prazo determinado e razoável. Mais do que isso, “reaviva-se a importância dos direitos individuais e da liberdade política”¹⁵⁰. Além disso,

na vigência dessa Constituição, foi instruída a representação por inconstitucionalidade de lei, reforçando o papel do Judiciário no concerto dos três poderes. Da mesma forma, proclamou-se que nenhuma lesão de direito poderia ser subtraída do escrutínio desse Poder. Ficaram excluídas as penas de morte, de banimento e de confisco. A Constituição ocupava-se da organização da vida econômica, vinculando a propriedade ao bem-estar social e fazendo dos princípios da justiça social, da liberdade de iniciativa e da valorização do trabalho as vigas principais da ordem econômica. O direito de greve apareceu expresso no texto¹⁵¹.

No entanto, apesar de suas intenções, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, teve por base de sua formação as Constituições de 1891 e 1934, de tal sorte que, nas palavras de José Afonso da Silva, “nasceu de costas para o futuro”, não conseguindo realizar-se plenamente. Cumpru com seu papel de redemocratizar

do que na década de 1920, de negociações com a burocracia central do governo. O que era gestado no microcosmo local, passava a ser objeto e resultado de uma conjunção muito mais complexa de fatores e atores sociais”. (PAIVA, Carlos Henrique Assunção. A burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945). **História (São Paulo)**, vol. 28, n. 2, 2009, p. 775-796, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=221014800025>>. Acesso em: 05 set. 2017. p. 784.)

¹⁴⁷ Ibidem, p. 784.

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 84.

¹⁴⁹ O próprio texto constitucional de 1946 trazia já em seu artigo primeiro que todo o poder emanaria do povo e em seu nome seria exercido.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva. 2012. p. 97-98.

¹⁵¹ Ibidem, p. 98.

a nação, mas não propiciou as condições necessárias para o desenvolvimento do país nos 20 anos em que esteve vigente¹⁵².

Nesse período, então, seguiu-se um lapso de medidas que tivessem realmente efetividade no cenário nacional, tentativas de retomada de movimentos reformistas existiram como é exemplo o projeto de reformas administrativas de 1952, a criação e atuação da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos - CEPA e da Comissão de Simplificação Burocrática - COSB, a partir de 1956, a formulação de um anteprojeto de reforma administrativa em 1962, a Comissão Amaral Peixoto e seu Projeto de Lei orgânica do Sistema Administrativo Federal e a Reforma do Ministério da Fazenda, por exemplo¹⁵³.

Todavia, as implementações de tais projetos não chegaram a completar o plano reformista burocrático, chegando-se à percepção de que os princípios rígidos que lhe englobavam estavam se apresentando como barreira ao desenvolvimento econômico nacional. Nesse cenário, procuraram-se novos caminhos a serem seguidos na busca pelo desenvolvimento do país chegando-se à Reforma Desenvolvimentista de 1967, realizada por meio do Decreto-Lei nº 200. Nas palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira:

A reforma de 1967, realizada por meio do Decreto-Lei 200, reconheceu esse fato e procurou substituir a administração pública burocrática por uma “administração para o desenvolvimento”: distinguiu com clareza a administração direta da administração indireta, e garantiu às autarquias e fundações desse segundo setor, e também às empresas estatais, uma autonomia de gestão muito maior do que possuíam anteriormente¹⁵⁴.

A reforma foi pautada em princípios fundamentais, nomeados de “princípios fundamentais da reforma” que se referiam ao planejamento, descentralização, delegação de competência e controle, insculpidos do Decreto-lei 200 de forma cuidadosa. Cuidou, também, de uma reforma no tocante à administração de pessoal preocupada com a instituição de um plano de classificação de cargos em aberto, de avaliação desses cargos e etc.¹⁵⁵.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2010. p. 85.

¹⁵³ Para aprofundamento a respeito das tentativas reformistas pós 1945 ver: WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de administração pública**. Rio de Janeiro, abr-jun, pp. 27-75. 1974.

¹⁵⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998. p. 167.

¹⁵⁵ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Op. Cit., p. 62-66.

Sua busca se dava no sentido da desburocratização e desestatização, bem como em uma forte orientação para o usuário do serviço público¹⁵⁶, tendo como ponto forte a expansão dos órgãos da administração indireta¹⁵⁷. Ou seja, a reforma para o desenvolvimento teve uma preocupação atenta com a desestatização e desburocratização do Estado, pensando no aumento da eficiência e eficácia dentro da administração pública, bem como de um fortalecimento do sistema de livres empresas. Sendo exatamente “daí o seu ineditismo, porque nenhum outro programa antes era dotado de caráter social e político”¹⁵⁸.

Diferença marcante, cuja demonstração é importante, entre os pressupostos da reforma de Vargas (notadamente no que se refere ao teor populista) e a reforma encabeçada pelo Regime Militar traduzia-se na falta de preocupação, neste segundo momento, com a utilização da classe operária como recurso político de poder, vez que se desmantelavam eventuais movimentos sociais através da repressão por parte do governo militar¹⁵⁹.

Dessa forma, a reforma de 1967 também se esvaiu no tempo, devido a fatos como os de ter sido de iniciativa do regime militar e de deficiência de alguns de seus conceitos necessários para uma reforma gerencial¹⁶⁰, de tal modo que “[...] foi anulada pelo novo regime democrático instalado no Brasil em 1985”¹⁶¹. Com a instauração desse novo regime, mudaram-se também as perspectivas das formas de organização dos aparelhos do Estado¹⁶².

A partir do novo regime democrático instaurado em 1985, então, promulga-se, três anos depois, a Constituição Federal de 1988, através de um Poder Constituinte preocupado em consagrar valores essenciais da sociedade brasileira, “[...] fruto de um

¹⁵⁶ LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do serviço público (RSP)**. Ano 49, n. 2, abr-jun, 1998. p. 14.

¹⁵⁷ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 853.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 853-854.

¹⁵⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impactos da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas. 2012. p. 40.

¹⁶⁰ Afinal, “o ideário do Decreto-lei 200/67 de adoção de um regime privado para a implantação de modelos de gestão mais avançados, serviu mais de pretexto para a expansão da Administração Indireta, do que de difusão de práticas organizacionais mais eficientes” (Ibidem, p. 60).

¹⁶¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998. p. 167.

¹⁶² MARTINS, Luciano. Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral. **Cadernos ENAP**. Brasília, 1997, p. 61. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1748/caderno%20enap%20208.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 maio 2017. p. 27.

processo intenso de lutas populares e da participação pluralista de diversos grupos políticos [...]”¹⁶³.

Assim, “[...] o tratamento conferido à Administração Pública sofre grandes transformações, visando à implementação de mecanismos democráticos nesta esfera”, de tal sorte que “adotou-se, (...), o modelo burocrático de organização como forma de assegurar a legalidade e legitimidade da atuação administrativa, garantindo-se, mediante a procedimentalização da atuação do Poder Público, a higidez de sua atividade”¹⁶⁴.

Buscava-se garantir os pressupostos constitucionais através de uma administração pública burocrática, no sentido de uma administração preocupada com a efetividade do texto constitucional, especialmente através de mecanismos procedimentais que garantissem a legalidade e legitimidade do Poder Público.

Todavia, tal racionalidade de um modelo burocrático administrativo, sob o qual o constituinte de 1988 se debruçou, começou a sofrer críticas no Brasil, a partir do momento em que a filosofia neoliberal começa a por aqui aportar, especialmente quando da eleição de Fernando Collor de Mello, conforme bem aponta Adriana da Costa Ricardo Schier¹⁶⁵.

As críticas pautavam-se especialmente no discurso de que, novamente, com a Constituição de 1988 e a implementação de um modelo burocrático, fortaleceram-se, tendências patrimonialistas e clientelistas no Estado, preocupadas com interesses próprios e não propriamente com o desenvolvimento nacional. Ou seja, se tinha, àquele momento, uma espécie de modelo burocrático deturpado que não teria mais funcionalidade efetiva. Afirmava-se que ponto fundamental da crise de Estado decorrente da promulgação da Constituição de 1988, estava ligada ao fato de existirem demandas sociais em excesso admitidas pelo poder público e a sua própria impossibilidade em realizá-las¹⁶⁶.

Sob a justificativa de que o estabelecimento da Nova República de 1985, precedida da promulgação da Constituição Federal de 1988, se mostrou despreparada para lidar com os problemas existentes e encontrou barreiras que lhe

¹⁶³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. **Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 40.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 41.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 42.

¹⁶⁶ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos do MARE**, Brasília, n. 1, 1997, p. 12.

levaram à barrocada devido a sua “atitude populista”, bem como devido ao fato de ter negado que o “déficit público era cada vez mais grave”, o aumento imensurável da inflação, o crescimento do Estado em grandes proporções, de “[...] que as velhas estratégias de desenvolvimento estavam exauridas, e que o Estado havia mergulhado numa profunda crise fiscal”¹⁶⁷, inicia-se, como bem aponta Irene Patrícia Nohara, um discurso pautado em ideais neoliberais para uma nova reforma do Estado, a chamada Reforma Gerencial¹⁶⁸.

Partia-se, então, do fundamento de que o modelo burocrático em si havia se tornado deslocado de seu espaço e, conseqüentemente, não possuía mecanismos aptos para promover suas políticas públicas. Os defensores da nova reforma davam força para “[...] um discurso deslegitimador da burocracia e, conseqüentemente, de menoscabo pelo valor do controle, no pressuposto de que o controle dos procedimentos inibiria o controle de resultados”¹⁶⁹.

Criticava-se, inclusive, o próprio texto constitucional sob a perspectiva de que representaria, segundo Luiz Carlos Bresser, uma contrarreforma administrativa, um verdadeiro retrocesso que teria estagnado o desenvolvimento nacional¹⁷⁰. Desse modo, sob tais justificativas, os defensores da reforma neoliberal argumentavam sobre a necessidade de se encontrar uma nova forma de gerenciar o Estado que permitisse um modelo de Administração Pública que fosse apto a dar melhores respostas às demandas sociais que surgiam no seio da sociedade¹⁷¹.

Todavia, a solução buscada, ao contrário do fomento a mecanismos aptos a garantir as demandas sociais, pautou-se, conforme já referenciado, em ideais neoliberais, cuja justificativa se dava ante a uma suposta ineficiência do modelo de Estado Social. De tal modo que “[...] a Administração Pública, organizada de acordo

¹⁶⁷ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34. 1996. p. 306.

¹⁶⁸ Para aprofundamento sobre o impacto do discurso neoliberal e a reforma gerencial do Estado, ver: NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia**: impactos da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro. São Paulo: Atlas. 2012. Cap. 3.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 97.

¹⁷⁰ Os argumentos utilizados pelo autor seriam de que a promulgação da Constituição de 1988 marcou “[...] um episódio de centralização ou concentração burocrática fora do tempo [...]”. (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998. p. 167).

¹⁷¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração Pública**: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. **Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 42.

com os padrões burocráticos, é tomada como um dos principais fatores responsáveis pela chamada crise do Estado”¹⁷².

É nesse cenário que se põe em prática a chamada “Reforma Gerencial”, no Governo de Fernando Henrique Cardoso, encabeçada pelo seu então Ministro de Administração e Reforma do Estado Luiz Carlos Bresser Pereira e vinha com o intuito de transcender o modelo burocrático supostamente estagnado que se fazia presente¹⁷³.

Assim, a reforma se deu, segundo seus defensores, em um cenário onde restava claro à sociedade que ela havia se tornado condição “[...] de um lado, da consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro e, de outro, da existência no país de um serviço público moderno, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos”¹⁷⁴. Tinha como papel central o de colocar a economia nacional em um cenário internacional competitivo, bem como de manter a regulação e intervenção como pressupostos necessários para a consecução da educação, saúde, cultura e etc.¹⁷⁵.

Destarte, a nova reforma administrativa veio, assim, a partir de uma nova coalizão política e em consequência de um abandono por parte das classes empresariais da antiga burocracia militar, com o intuito de estabelecer “[...] uma nova aliança com os setores democráticos da sociedade civil brasileira”¹⁷⁶. Planejou-se, dessa maneira, uma fusão entre o liberalismo social do centro-direita e o social-liberalismo do centro-esquerda, a fim de tornar o projeto político viável e “[...] com capacidade de mobilizar um grande espectro político, contanto que seja implementado com uma clara noção de interesse nacional e com a convicção de que as massas precisam de participação maior na renda e no poder político [...]”¹⁷⁷.

O plano encontrou dificuldade ao bater de frente com obstáculos antigos da cultura do país, quais sejam, as atitudes patrimonialistas e clientelistas. Coadunado a isso, ainda, encontrava-se o problema da fragilidade das massas e do respectivo

¹⁷² SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. **Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 43-44.

¹⁷³ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. p. 864.

¹⁷⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34. 1996. p. 269.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 305.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 308.

abismo existente entre elas e as elites nacionais¹⁷⁸. Dessa maneira, abriu-se espaço no cenário político para uma organização preventiva de representação de interesses, com a própria ideia de promoção de demandas sociais com o intuito de prestá-las como se favores fossem e, ainda, “[...] pela manipulação dos símbolos nacionais, com o objetivo de desviar a atenção das desigualdades sociais para os objetivos nacionais”¹⁷⁹.

Essa prática deturpada dos pressupostos da reforma gerou - o que já não era novidade no cenário brasileiro - uma dificuldade em se distinguir o público do privado, dificuldade essa que somente reafirmou os problemas no clientelismo e pode ser indicado como um dos fundamentos da corrupção¹⁸⁰. Ou seja, a dificuldade de definição das fronteiras entre esferas públicas e privadas dá vazão a referidas práticas. Questões que, aparentemente, a reforma administrativa tentou solapar, mas que não conseguiu, ainda, necessitando amadurecer seu desenvolvimento econômico, bem como fortificar os respectivos fundamentos sociais como educação, distribuição de renda e etc.¹⁸¹.

Essas questões – confusão entre o público e o privado – são pontos fortes que deslegitimam e enfraquecem a ideia de burocracia no Brasil e que fomentaram as suas críticas muitas vezes infundadas, como bem aponta Emerson Gabardo. Nas palavras do autor, “foi característica notória das raízes da burocracia brasileira o seu irracionalismo, na medida em que se pautou pelo tradicionalismo patrimonialista”¹⁸².

Aduz, com isso, que

as críticas apontadas à burocracia na qualidade de sistema, em regra de caráter destrutivo, são em sua maioria deslocadas. A autonomização do modelo é que provoca a sua deturpação, seja em decorrência da permanência do clientelismo, do fisiologismo e do nepotismo, seja do próprio excesso de formalismo, que, por óbvio, provoca prejuízos na perspectiva material, inclusive do ponto de vista político-democrático¹⁸³.

¹⁷⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Editora 34. 1996. p. 308-309.

¹⁷⁹ MARTINS, Luciano. Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral. **Cadernos ENAP**. Brasília, 1997, p. 61. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1748/caderno%20enap%208.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 maio 2017. p. 41.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 43.

¹⁸¹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Op. Cit., p. 310.

¹⁸² GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética. 2002. p. 34.

¹⁸³ Ibidem, p. 35.

Desse modo, haveria um alto grau de ingenuidade ao acreditar-se que a proposta gerencial trazida pela última reforma administrativa (gerencial) aqui já demonstrada, iria enterrar os primeiros problemas, acreditando que pautar o estado em ideais neoliberais seria a solução para tanto¹⁸⁴.

Afinal, as ideias burocráticas, a partir do momento que são realmente entendidas como um instrumental apto a garantir a justiça e a segurança jurídica dos cidadãos nas relações com o Estado, mostram seu importante papel, inclusive para a manutenção da democracia. Bom exemplo do afirmado é a implementação e necessidade de realização de concursos públicos para ingresso de servidores, distinguindo-os, assim, dos funcionários políticos, ou seja, garantindo a eficiência da máquina estatal¹⁸⁵.

Perceba-se, assim, que a teoria burocrática possui um importante papel para a formação e ação do Estado, de modo que o grande problema está no fato de que as críticas dessa teoria em grande parte são pertencentes à ideia de “estamento burocrático”¹⁸⁶ e não do “modelo burocrático” em si¹⁸⁷.

Este cenário é objeto de profícuos estudos no Brasil, como é o caso de Roberto da Matta que trata da deficiência do povo brasileiro em distinguir o público do privado através de sua metáfora sobre “a casa e a rua”¹⁸⁸. Tal deficiência, segundo o autor, gera uma relativização de suas atitudes quando em frente da lei, tendo como resultado o “jeitinho brasileiro” que se traduz no meio intermediário entre o “pode” e “não pode”, entre o “legal” e o “ilegal”, a forma de relacionar o pessoal com o impessoal, ou seja, “[...] o modo pacífico e socialmente legítimo de resolver (...) problemas, provocando uma junção casuística da lei com a pessoa”. É claro que nem só do “jeitinho” os problemas podem ser resolvidos, há, também, o modo autoritário e não-cordial do “você sabe com quem está falando?” que, contrariamente, busca reafirmar a hierarquia para ver os fins almejados concretizados¹⁸⁹.

¹⁸⁴ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética. 2002. p. 35.

¹⁸⁵ Ibidem, p. 37-39.

¹⁸⁶ Sobre a ideia de estamento burocrático, ver: FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5ª. ed. São Paulo. Globo. 2012. p. 819 e ss.

¹⁸⁷ GABARDO, Emerson. Op. Cit., p. 35.

¹⁸⁸ DA MATTA, Roberto. **O que é o Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 2004. Capítulo 2.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 48-50.

São afirmações recorrentes, que fazem parte do cotidiano dos brasileiros e traduzem as deformidades do sistema, que acabam por afastar a Administração Pública de seu modelo ideal de gestão, proposto pelo Constituinte de 1988.

O que parece certo extrair dessa questão (dificuldade de delimitação entre o público e o privado), é que suas origens são antigas e que estão intimamente ligadas aos comportamentos clientelistas e, conseqüentemente, com as ideias de corrupção. O formato político sempre esteve e continua a estar, em maior ou menor grau, vinculado a interesses privados, o que dá causa a essa situação.

Se tem, conforme sustenta Jessé Souza, um modelo de Estado dominado pelo “[...] homem cordial e particularista que se tornará o conceito mais importante da vida intelectual e política brasileira até hoje: o ‘patrimonialismo’ do Estado e da ‘elite’ corrupta”¹⁹⁰, isto é, o homem que através do seu “jeitinho”, de sua cordialidade¹⁹¹, altera as fronteiras do público, da lei, sempre na busca de seu interesse próprio, através, geralmente, da troca de favores.

É uma questão de oportunismo tão entranhada na cultura brasileira, em que ocultado “[...] sob as aparências de legalidade pública ou de lealdade política ações e interesses solapam a ordem legal [...] e a influência ativa dos princípios democráticos”, como já bem apontava Florestan Fernandes na metade do século passado¹⁹².

Claro, assim, que as tendências já anteriormente citadas no presente texto (coronelismo, clientelismo e patrimonialismo) estão impregnadas no modelo administrativo e político nacional e fazem do que é o Brasil hoje, causando conseqüências diretas e indiretas na sociedade, em especial nas sociedades das massas que são as que mais necessitam do Estado. E, se assim o é, causam ferimentos diretos aos direitos mais básicos dos cidadãos, impedindo uma prestação efetiva do Estado de serviços públicos e proteção da dignidade e bem-estar social.

Está-se diante de um cenário em que, devido a práticas particularistas, há um alto grau de ineficiência e inefetividade das ações do Estado, isto é: Se tem um modelo administrativo e político inefetivo que não cumpre com suas competências constitucionais, notadamente àquelas vistas no primeiro tópico do presente trabalho,

¹⁹⁰ SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015. p. 32.

¹⁹¹ A expressão “homem cordial” advém de texto escrito por Sérgio Buarque de Holanda em seu livro **Raízes do Brasil**: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27^a. ed. São Paulo. Companhia das Letras: 2014. Cap. 5.

¹⁹² FERNANDES, Florestan. **Mudanças sociais no Brasil**. 4. ed. rev. São Paulo: Global, 2008. p. 93.

devido a um modelo social formado por interesses patrimoniais, ou seja, a ideia de que o Estado está presente para servir pequenas classes influentes. Isso gera um cenário de inefetividade das prestações estatais aos cidadãos que mais necessitam e que não possuem condições de alcançar os balcões do Estado com alguma influência (não que fosse preciso!), de tal sorte que ficam à deriva das prestações estatais mais básicas para a proteção de sua dignidade.

Não se pode, no entanto, como bem aponta Jessé Souza, demonizar somente a atuação estatal, acreditando que todas as deficiências existentes são de culpabilidade exclusiva do Estado. A própria formação da sociedade brasileira e dos seus “conflitos de classe essenciais” são também responsáveis pelo cenário existente. Segundo o autor, não se deve acreditar cegamente no “conto de fadas” que retrata uma oposição entre Estado (o vilão em essência) e o mercado (o salvador, a luz no fim do túnel para os problemas), pois, afinal, a corrupção, o uso do “jeitinho brasileiro” e do “você sabe com quem está falando?”, não são de exclusividade do ambiente público. São, de fato, decorrentes, também, do próprio setor privado, notadamente das classes mais altas, ou como prefere o autor, dos 1% pertencentes às classes abastadas que estão no topo e praticamente inatingíveis aos efeitos das lutas de classes, e que, ademais, pouco se importam – ou quando o fazem é porque detêm interesses escusos – com políticas voltadas para as demandas sociais¹⁹³.

Neste panorama, as “ralés”¹⁹⁴, conforme termo do mesmo autor, ficam à mercê dos mais fortes e condenados a uma vida sem futuro e esperança, restando clara a ideia de que não se pode comprar o discurso de que somente o Estado é corrupto e ineficiente, quando, em verdade, os interesses privados são, invariavelmente, responsáveis, também, pelo atual cenário existente¹⁹⁵.

Com as devidas ressalvas às críticas apontadas pelo autor cearense em seu livro *A Tolice da Inteligência Brasileira*, invariavelmente, deve-se tomar como

¹⁹³ SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015. Parte IV, cap. 2.

¹⁹⁴ Segundo o autor, os integrantes da sociedade na categoria das “ralés”, seriam aqueles que não detêm nem sequer os pressupostos necessários do aprendizado e do trabalho para que possam ascender, ou ao menos ter chances, socialmente. (Ibidem, p. 234).

¹⁹⁵ De acordo com o autor, “A abissal desigualdade brasileira não humilha e desumaniza apenas os excluídos sociais que perfazem ainda 30% da população. Não existe problema real no Brasil que não advenha de sua monumental desigualdade: (in)segurança pública, gargalo de mão de obra qualificada, escola e saúde pública de qualidade. O que distancia o Brasil das sociedades que admiramos não é a corrupção do Estado, que é um problema real em qualquer lugar. O que nos afasta das sociedades ‘moralmente superiores’ é que exploramos, aceitamos e tornamos fato natural e cotidiano conviver com gente sem qualquer chance real de vida digna sem ter nenhuma culpa” (ibidem, p. 244).

fundamento dos problemas que se buscou dissertar no presente tópico o fato de que a formação do modelo político-administrativo atual, não decorre unicamente dos vícios da esfera pública, são, de fato, decorrentes também da própria influência dos setores privados, notadamente das classes que possuem condições para tanto e que, na busca por interesses privatistas, dão causa aos problemas contemporâneos.

Desse modo, torna-se possível sustentar que as heranças indesejadas acima relatadas explicam o cenário de corrupção, de política de interesses, que deixa de dar a devida atenção e impede a ideal proteção e concretização dos direitos mais básicos e necessários aos cidadãos.

Diante desse panorama de falha e ineficiência das prestações estatais, de um cenário de desconfiança, notadamente na seara das pretensões em matéria de direitos fundamentais, a sociedade busca outros meios para ver satisfeitos os seus interesses, de tal modo que o Poder Judiciário tem se tornado figura de destaque e suposto porto-seguro na busca pela ideal efetividade dos interesses sociais. Há um fenômeno de judicialização dos direitos fundamentais em que, ante a uma inefetividade na prestação dos bens mais básicos aos cidadãos pelo Estado, decisões judiciais tomam o lugar das decisões ou omissões administrativas e acabam por se tornar verdadeiras concretizadoras desses direitos.

Todavia, parece certo afirmar que mesmo tal possibilidade não parece ser a ideal para um Estado Social e Democrático de Direito e que não resolve efetivamente os problemas que pairam sobre a sociedade. Aparentemente, a judicialização excessiva em matéria de direitos fundamentais acaba por ter apenas uma função de “tapa-buracos”, não se mostrando como a saída ideal. Esse é o ponto a ser discutido no próximo capítulo: parte-se da hipótese de que a judicialização excessiva em matérias de direitos fundamentais, por mais que seja necessária em determinados casos, não pode ser encarada como a única saída para a realização dos bens constitucionais salvaguardados no texto fundamental.

CAPÍTULO II - A JUDICIALIZAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA DA INEFETIVIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Do decorrido até aqui, algumas percepções a respeito das intenções da presente pesquisa são possíveis:

Primeira, demonstrar que houve uma mudança na forma de se pensar o direito, abrindo caminho para os princípios e, conseqüentemente, para a forma de se interpretar as normas jurídicas;

Segunda, nesse cenário, os direitos mais básicos dos homens ganham espaço e força, dando azo, a partir de uma perspectiva de dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais;

Terceira, que, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por efetivamente dar fôlego para esse novo modelo de Estado, pautado em ideais sociais e preocupado com o bem-estar dos cidadãos e na concretização e proteção dos direitos fundamentais e fundamentais sociais;

Quarta, que, ante a uma leitura do texto constitucional, se percebe uma competência inerente ao Estado e, em especial, à Administração Pública em zelar, proteger e concretizar referidos direitos, em especial os que dependem de ações estatais positivas (direitos fundamentais sociais); e

Quinta, que o modelo administrativo desejado tratado no presente trabalho não tem plena aplicabilidade prática, estando em desacordo com os pressupostos constitucionais, não operando da forma devida no que se refere, ao menos no que toca à delimitação metodológica da presente pesquisa, a efetivação dos direitos fundamentais sociais, ocasionando um modelo administrativo deficitário.

No que toca a este último ponto, buscou-se demonstrar as possíveis causas que levam a esse modelo administrativo inefetivo, bem como que, diante desse cenário, há uma forte tendência de se buscar outros meios pelos cidadãos para ver as suas pretensões mais básicas realizadas, notadamente através do judiciário. Essa é a intenção do presente estudo neste momento: analisar o fenômeno da judicialização sob o viés dos direitos fundamentais, para que seja possível tornar

perceptível, já adiantando o prognóstico, que, por mais que seja possível e, em inúmeros casos necessários, essa não se apresenta como a melhor saída.

Para a construção deste discurso, então, parece ser necessário encontrar a resposta para a seguinte questão: O que vem a ser a judicialização? E mais ainda, o que vem a ser a, propriamente dita, judicialização de direitos fundamentais? Traçar algumas linhas sobre as respectivas respostas é importante para o desenvolvimento da discussão.

No recorte adotado na presente pesquisa, a judicialização pode ser entendida como um fenômeno no qual questões sociais e políticas que, em regra, deveriam ser decididas pelas instâncias políticas tradicionais (Congresso Nacional e Poder Executivo), acabam tendo como âmbito decisório o Poder Judiciário¹⁹⁶. Isto é, há uma mudança de perspectiva em que os Tribunais passam a enfrentar questões morais, sociais e políticas, trazidas pelo ímpeto social, tomando decisões para além da simples interpretação legislativa¹⁹⁷.

Há a assunção de um novo papel por parte do Judiciário que deixa de ser apenas a “boca da lei” e passa a ter um papel interpretativo de questões que envolvem para além da análise da legalidade, a análise de questões éticas, morais e políticas. É o que a doutrina jurídica irá chamar de “judicialização da política”¹⁹⁸.

Judicialização da política porque aumenta a reponsabilidade do Poder Judiciário em decidir matérias relacionadas às políticas públicas e, em especial sobre os direitos constitucionalmente garantidos, causando uma redefinição dos limites dos outros poderes políticos.

Segundo Ran Hirschl, a predominância desse fenômeno pode ser traduzida a partir da ilustração de que existe uma “[...] subordinação em comunidades modernas organizadas como estados de direito, de quase todo fórum decisório a normas e procedimentos quase judiciais. Temas que antes eram negociados de maneira informal ou não judicial, agora são dominados por regras e procedimentos

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 24.

¹⁹⁷ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de direito administrativo**. Volume 251. Maio./ago. 2009. FGV. Editora Direito Rio. 2009. p. 139-178. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 05 set. 2016. p. 140.

¹⁹⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista direito GV**, São Paulo, n. 8(1), jan-jun. 2012. p. 59-86. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 61.

jurídicos”¹⁹⁹. Se está diante de um protagonismo de juízes e Tribunais, que se tornam parte inseparável na vida das sociedades complexas e modernas e de um modelo de estado de bem-estar social. Todas as forças do Estado, incluindo o Judiciário, voltam o seu foco para a proteção e concretização dos direitos constitucionalmente insculpidos.

Esse é o escopo da judicialização.

No entanto, essa judicialização da política, por sua vez, pode ocorrer sob o aspecto de ao menos três faces diferentes, conforme sustenta Ran Hirschl, que se dividem em uma primeira que envolve uma “judicialização das relações sociais”; uma segunda que tem por objeto a “justiça processual e a equidade formal dos processos decisórios”; e, por fim, uma terceira face que envolve a chamada “Judicialização da megapolítica”²⁰⁰.

Algumas palavras merecem ser tecidas a respeito dessas faces da judicialização política, para que se possa identificar sobre qual delas o estudo deve recair quando se está a falar a respeito da judicialização das pretensões fundamentais.

No que se refere ao primeiro “tipo” de judicialização, nomeada pelo autor como “judicialização das relações sociais”, ele condiz, como o próprio nome sugere, com as interrelações pessoais existentes dentro das sociedades complexas, ou seja, o estabelecimento por parte do Estado de regras que assegurem o cumprimento dos deveres impostos pelas relações sociais. O autor aduz como exemplo desse primeiro tipo de judicialização a ideia dos contratos e sua força vinculante, como uma forma de modificação e judicialização de institutos, a fim de garantir a racionalidade das ações estatais²⁰¹.

A segunda face, todavia, possui um caráter diferente, ela se refere especificamente ao conceito que já vem sendo tratado com mais ênfase no presente texto, qual seja, a judicialização de políticas públicas e dos direitos constitucionalmente protegidos através da expansão das competências dos juízes e

¹⁹⁹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de direito administrativo**. Volume 251. Maio/agosto 2009. FGV. Editora Direito Rio. 2009. p. 139-178. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 05 set. 2016. p. 142.

²⁰⁰ Ibidem, p. 142 e ss.

²⁰¹ Ibidem, p. 142-143.

Tribunais. Esse tipo de judicialização busca, inclusive, promover a justiça através do controle dos atos administrativos²⁰².

Por fim, a terceira face possível, como já dito, refere-se à judicialização da megapolítica²⁰³, isto é, a competência de juízes e Tribunais para lidarem com questões controversas e centrais da política que podem definir rumos para comunidades inteiras²⁰⁴. Conforme aponta Ran Rischl, uma

judicialização desse tipo coloca os tribunais na posição de decidir sobre alguma das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar, mesmo que a Constituição não faça nenhuma referência a esses problemas, e apesar de se reconhecer os óbvios riscos políticos envolvidos em decisões desse tipo²⁰⁵.

Veja-se, portanto, que a judicialização da política pode se dar com mais de uma face, sendo importante distingui-las e coloca-las em seus espaços. Fez-se essa breve exposição a respeito de suas faces, para demonstrar que, ao falar-se em judicialização de direitos fundamentais, direitos constitucionalmente garantidos, está-se a falar a respeito do segundo “tipo” de judicialização, uma judicialização de justiça processual e de equidade formal decisória. Isto é, uma forma de judicialização que permite o controle de atos políticos (atos administrativos e políticas públicas, por exemplo) com o intuito de proteger e dar real efetividade aos direitos fundamentais.

Discussões como essas se tornam mais patentes no mundo a partir do surgimento de uma teoria constitucional democrática preocupada com questões sociais, especialmente no que se refere aos setores mais vulneráveis da sociedade,

²⁰² HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de direito administrativo**. Volume 251. Maio/agosto 2009. FGV. Editora Direito Rio. 2009. p. 139-178. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 05 set. 2016. p. 143-46.

²⁰³ Um bom exemplo de Judicialização da chamada “megapolítica” é o emblemático caso *Bush versus Gore*, referente à acirrada corrida presidencial americana dos anos de 2000. Em síntese, o caso se referiu a uma decisão da Suprema Corte Norte Americana que através de uma decisão não-unânime, impediu a recontagem de votos dos candidatos à presidência americana, após polêmica na contagem inicial, de modo a eleger, através de uma decisão jurídica, o novo presidente americano. Para mais sobre o tema, ver: TRIBE, Laurence H. *eroG .vhsuBand Its Disguises: Freeing Bush v. Gore from Its Hall ofMirrors*. In: **Harvard Law Review**. Vol. 115. p. 170. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=433960>; SEIDMAN, Louis Michael. What's so bad about Bush v. Gore? An essay on our unsettled election. In: **Georgetown Law faculty publicantions**. 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/224>>. Acesso em: 16 jul. 2016.; e STRAUSS, David A. *Bush v Gore: What Were They Thinking?*. In: **The Vote: Bush, Gore, and the Supreme Court**. Published by the University of Chicago Press. 2001. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/sunstein/chapter9.html>>.

²⁰⁴ HIRSCHL, Ran. Op. Cit., p. 146.

²⁰⁵ Ibidem.

colocando o Juiz como sujeito capaz de interferir em questões legislativas e executivas, elevando-se a um patamar de “protagonista direto da questão social”²⁰⁶.

No Brasil, esse cenário de mudança de perspectiva sobre os papéis do Poder Judiciário tem como momento específico a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização do Direito. Isso porque, incorporou em seu texto verdadeiros ideais democráticos, solapando as heranças autoritárias antes vividas no país, instituindo direitos políticos e de inclusão social para todos os cidadãos. Propôs, desse modo, a construção de uma “democracia social” pautada em especial na redução das desigualdades e na proteção e manutenção dos direitos sociais²⁰⁷.

Ou seja, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Poder Judiciário “[...] deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive no confronto com os outros poderes” e a Judicialização, por sua vez, se tornou uma decorrência do modelo constitucional adotado²⁰⁸.

Assim, pode-se falar em judicialização a partir dessa perspectiva de constitucionalização do Direito, uma vez que a partir do momento que determinada questão é disciplinada por uma norma constitucional, seja um direito individual, uma prestação estatal ou fim público, “[...] ela se transforma potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”²⁰⁹. Explica-se: é a possibilidade de busca ao Judiciário para ver determinada pretensão, cuja competência primeira em promovê-la seria dos outros poderes, mas que, no entanto, não o foi, ser realizada pela via judicial.

O próprio texto constitucional, ao insculpir em seu texto que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF/88), permitiu essa possibilidade. Mostrou a possibilidade de que o Poder Judiciário controle

²⁰⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social, revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2. p. 39-85. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em: 20 jun. 2017. p. 41-42.

²⁰⁷ VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista direito GV**, São Paulo, n. 4(2), jul-dez., 2008, p. 407-440. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200004&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 20 jun. 2017. p. 408.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 24-25.

²⁰⁹ Ibidem, p. 24.

atos legislativos e executivos (administrativos) que causem ameaça ou violem os direitos constitucionalmente protegidos pertencentes aos cidadãos.

Além disso, se tem a determinação constitucional de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, §1º, CF/88), ou seja: independentemente de norma posterior que regule e defina a aplicação dos direitos e garantias fundamentais, eles devem, necessariamente, ser efetivados pelo Estado, a partir da Promulgação da Constituição Federal de 1988.

Veja-se, portanto, que as intenções do constituinte originário colocaram em evidência a possibilidade de que o Poder Judiciário se faça presente para o controle e proteção dos direitos fundamentais, juntamente com os outros poderes do Estado. A judicialização encontra aí o seu fundamento.

Resta saber, no entanto, em que contexto se pode efetivamente falar nessa perspectiva da judicialização, entendendo que essa atuação do Judiciário²¹⁰, no âmbito dos direitos fundamentais, só se faz possível porque a tais direitos, no contexto

²¹⁰ Aqui, uma ressalva metodológica se faz importante para o desenvolvimento do trabalho no que se refere à diferenciação entre judicialização e ativismos judicial. Tal proposição é importante, vez que a perspectiva ora adotada na pesquisa tem seu enfoque, conforme já demonstrado, no fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais, isto é, quando se levam questões da sociedade até as portas do Poder Judiciário, e não no fenômeno do ativismo judicial em que o juiz se envolve em questões cuja competência primária seria dos outros poderes do Estado sem, necessariamente ser provocado a tanto. Conforme ensina Luiz Roberto Barroso, “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandido o sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes” (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 25-26). Para aprofundamento sobre o tema “ativismo judicial” propriamente dito, ver, dentre outros: VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista estação científica** (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4302/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017; KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos. - CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 nov. 2017; CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 49, p. 141-149, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496562>>. Acesso em: 16 nov. 2017; ainda, sobre a ótica de como decidem as cortes no Brasil e sobre possíveis condutas ativistas, ver: RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora. 2013; e, por fim, no que toca ao papel do STF e sua posição após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ver: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

do estado social e democrático, foi assegurado um regime diferenciado, um regime jurídico fundamental.

Assim, antes de apreciar a judicialização dos direitos fundamentais no cenário nacional como alternativa às omissões administrativas, impende analisar o regime jurídico destes direitos, a fim de se perceber que a presente possibilidade decorre da sua própria estrutura jurídica.

Perceba-se que os direitos fundamentais possuem uma estrutura jurídica diversa das demais normas existentes no plano jurídico. A eles lhes foi dado um regime jurídico específico que revela uma dupla perspectiva, pois podem ser encarados a partir de um viés subjetivo, ou seja, como direitos subjetivos individuais, bem como a partir de uma visão objetiva que os coloca como “elementos objetivos fundamentais da comunidade”²¹¹.

A justificativa para isso advém das próprias mudanças constitucionais pelas quais o Direito passou, em que se percebeu uma necessidade imanente, a partir de uma “transcendência da esfera política para a dogmática constitucional”, de que fossem buscados e desenvolvidos instrumentos aptos a garantir a proteção e concretização dos direitos fundamentais. É nesse momento e ante a essas necessidades, que a dogmática jurídica cria um regime jurídico específico para os direitos fundamentais²¹².

Isto é, a Constituição Federal de 1988 colocou os direitos fundamentais em posição central de sua estrutura e, conseqüentemente, da estrutura de um Estado Democrático e de Direito, de modo a conceder-lhes um amparo jurídico mais pujante, ou seja, lhes impôs um caráter *jusfundamentalista*²¹³.

Esse caráter é exatamente o que distingue os direitos fundamentais dos outros direitos também constantes no texto constitucional, mas que não são, necessariamente, dotados de jusfundamentabilidade. Esta conclusão pode ser retirada a partir da análise e interpretação de dois dispositivos constitucionais, quais

²¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 141.

²¹² SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 91.

²¹³ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba. p. 67.

sejam eles: o artigo 5º, §1º, ao determinar que os direitos fundamentais, como já anteriormente visto, possuem aplicabilidade imediata, o que tem por condão evitar a sua inaplicabilidade ante a falta de regulamentação específica; e o artigo 60, §4º, IV que os incluiu na categoria de “cláusulas pétreas”, ocasionando “[...] verdadeiras limitações materiais ao poder de alteração constitucional dos direitos fundamentais”²¹⁴.

Essa perspectiva, então, ligada intimamente com a ideia de uma *dogmática constitucional emancipatória*²¹⁵, coloca os direitos fundamentais como “verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial”²¹⁶. Isto é, “[...] são os primeiros a se levar em conta na compreensão do sistema jurídico”, vez que os seus conteúdos fazem referência aos valores mais importantes do ser humano, estando umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana²¹⁷.

Ainda mais, os direitos fundamentais possuem um caráter vinculante, vez que não são meras declarações, cujos destinatários possuem a liberalidade de seguir ou não seguir. São dispositivos que vinculam todos os poderes estatais e, inclusive, particulares ao seu cumprimento. Atrelam o poder legislativo, uma vez que limitam a atuação estatal, bem como obrigam o mesmo poder à criação de normas que os efetive e proteja; ligam-se ao Poder Executivo vinculando-o, a partir do momento que se leva em conta que “os gestores desse poder devem atuar no sentido de colocar em prática as disposições normativas que protegem direitos fundamentais. As políticas públicas devem voltar-se à concretização dos direitos que são essenciais à convivência social”; e vinculam o Poder Judiciário, pois “[...] os órgãos desse poder têm que estar comprometidos com a efetivação dos direitos fundamentais”²¹⁸.

²¹⁴ ENRIQUE, Lilian Márcia Balmat; GOMES, Alice Maria de Menezes; FONSECA DE SÁ, Catherine. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano VII, n. 8, Junho de 2006. p. 134-135.

²¹⁵ A ideia de uma dogmática constitucional emancipatória remete ao estudo da Constituição a partir dos fundamentos e ideias da dignidade da pessoa humana, colocando o ser humano e o seu bem-estar como ponto central. Para aprofundamento no tema, ver: CLÈVE, Clèmerson, Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 01.

²¹⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista dos Tribunais**: caderno de direito constitucional e ciência política. Ano 7. n. 29. Out-dez. 1999. p. 55.

²¹⁸ FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Forense, 2013. p. 240-241.

Essas características expostas são as que definem uma regulamentação jurídica diferenciada aos direitos fundamentais que, como citado linhas acima, se dá a partir de uma dupla compreensão: compreensão subjetiva e objetiva.

A distinção entre essas perspectivas coloca os direitos fundamentais no âmbito da ordem constitucional “[...] como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”²¹⁹.

Assim, os direitos fundamentais devem ser interpretados a partir de uma esfera objetiva que se traduz em uma dimensão comunitária, isto é, não devem e não podem ser pensados tão somente a partir da via dos direitos individuais, devem se valer, também, da compreensão da coletividade, da sociedade como um todo, como valores aos quais essa se propõe a concretizar, especialmente a partir de ações estatais²²⁰.

Ou seja, a ideia de uma dimensão objetiva remete ao reforço da imperatividade dos direitos individuais, alargando “[...] a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida em sociedade”²²¹. Como bem aponta Clèmerson Merlin Clève, “a dimensão objetiva (...) compreende o dever de respeito e compromisso dos poderes constituídos com os direitos fundamentais (vinculação)”²²².

Pode-se dizer, assim, que o caráter objetivo do regime jurídico dos direitos fundamentais tem por razão outorgar às normas que preveem direitos subjetivos uma função autônoma que transcende o seu caráter subjetivo, resultando “[...] no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais”, de tal modo que essa perspectiva (objetiva) pode ser interpretada também, conforme aduz Ingo Wolfgang Sarlet, como

[...] uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia essa que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas da doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais [...]²²³.

²¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 143.

²²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Almedina. Coimbra. p. 115.

²²¹ Ibidem.

²²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 04.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 144.

Perceba-se, desse modo, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais remete à ideia de uma transindividualidade, ou seja, de uma eficácia comunitária desses direitos, bem como de uma “eficácia dirigente que estes (...) desencadeiam em relação aos órgãos estatais”, sendo neste contexto que “[...] se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”. Ainda mais, é possível se afirmar que os direitos fundamentais em sua qualidade de normas de direito objetivo, servem, também, como parâmetros “[...] para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais”²²⁴.

De outro norte, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais refere-se, a partir de um conceito tradicional, na implicação de um poder ou faculdade com o cunho de promover efetivamente interesses que têm o seu reconhecimento a partir de uma norma jurídica que os caracterize como de titularidade de determinado indivíduo. Em outras palavras, segundo José Carlos Vieira de Andrade, “[...] a atribuição subjectiva de direitos fundamentais pressupõe a existência e visa em primeira linha satisfazer interesses próprios dos titulares reconhecidos pelas normas constitucionais enquanto bens jurídicos pessoais”²²⁵.

Essa dimensão, então, ao contrário da objetiva, “[...] envolve a constituição de posições jusfundamentais, quase sempre caracterizadas enquanto direitos subjetivos, que autorizam o titular a reclamar em juízo determinada ação (omissiva ou comissiva)”²²⁶.

Ou seja, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais permite que os indivíduos reclamem seus direitos individuais eventualmente violados ou não concretizados através da via judicial. Eles não dependem de postulações coletivas ou da espera por prestações estatais para ver a sua devida consecução. Respectiva dimensão exprime “[...] o reconhecimento e a garantia de um conjunto de bens ou valores que são caros à comunidade e que legitimam e dão sentido aos preceitos

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 147.

²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Almedina. Coimbra. 2004. p. 119.

²²⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 4.

constitucionais respectivos”²²⁷, permitindo a possibilidade de imposição judicial das pretensões de um titular de direitos fundamentais perante outrem, normalmente, mas não unicamente, o Estado²²⁸.

São caracterizados como direitos fundamentais formais que possuem aplicabilidade imediata por parte do Estado, formando, ademais, um núcleo de proteção em situações de exceção²²⁹. Veja-se, assim, que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é que justifica a possibilidade de que se busque o judiciário a fim de vislumbrar as pretensões individuais dos cidadãos realizadas. Como consequência, parece certo afirmar que essa possibilidade resta clarificada quando do estudo dos direitos fundamentais prestacionais, isto é, dos direitos fundamentais sociais.

Nesses casos, em que existe a necessidade de uma prestação positiva do Estado, os direitos sociais possuem um caráter subjetivo que permite a sua exigibilidade de forma imediata perante o Poder Judiciário, sem a necessidade de norma infraconstitucional que o regulamente²³⁰. Nessa mesma linha, seguem os ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève, ao aduzir que os direitos fundamentais sociais originários

[...] podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. Por isso, ainda que o poder público não tenha colocado os serviços à disposição dos particulares, ainda que não haja lei alguma regulamentando a matéria, esses direitos, porque implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem, são suscetíveis, perfeitamente, de demanda perante o Poder Judiciário²³¹.

Permita-se, então, a construção do presente exercício argumentativo: considerando o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição Federal que dispõe que as normas de direitos fundamentais terão aplicabilidade imediata, bem como o inciso XXXV, também do artigo 5º do texto constitucional que define que não se excluirá da

²²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Almedina. Coimbra. 2004. p. 105.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153.

²²⁹ ENRIQUE, Lilian Márcia Balmat; GOMES, Alice Maria de Menezes; FONSECA DE SÁ, Catherine. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano VII, n. 8, Junho de 2006. p. 131.

²³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte. ano 13. n. 53. p. 133-168. jul/set. 2013b. p. 142.

²³¹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 5.

apreciação do Poder Judiciário eventual omissão ou violação a direitos e, ainda mais, o discorrido linhas acima a respeito da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que permite a busca pelo Poder Judiciário pelos cidadãos para ver seus interesses fundamentais realizados mesmo que individualmente, se constrói um cenário em que a judicialização não somente é possível, mas também necessária. O texto constitucional e o próprio regime jurídico do qual os direitos fundamentais são dotados permitiu essa interpretação. Afinal, conforme aponta Juarez Freitas, o Judiciário é responsável pelo “controle último” do texto constitucional²³².

Sendo assim, impende agora que se análise de forma mais específica o fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente no que toca ao papel do Poder Judiciário como concretizador destes direitos.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL COMO MITO PARA A SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DE SUA INEFETIVIDADE

O foco do presente trabalho, no tópico 2.1, residia em demonstrar a possibilidade de que os direitos fundamentais, notadamente os que exigem uma prestação positiva do Estado, ou seja, os direitos fundamentais de cunho social, fossem judicializados quando de eventual omissão ou violação administrativa, mesmo que pela via individual, encontrando sua justificativa exatamente no fato de que os direitos fundamentais possuem uma dimensão subjetiva que permite essa possibilidade e interpretação.

Não se pode olvidar, todavia, que essa possibilidade de judicializar em matéria de direitos fundamentais sociais de forma individual sofre inúmeras críticas por parte da dogmática jurídica sob a justificativa de que, nestes casos em que o Juiz confere a determinado indivíduo uma prestação jusfundamental social que não foi realizada no plano competente (Administração Pública), se estaria a causar ferimentos ao pacto democrático, vez que haveria o privilégio de um indivíduo ou pequena parcela da sociedade em detrimento dos demais, bem como estaria a violar o princípio da separação dos poderes, uma vez que o Juiz invadiria o âmbito de decisão e escolhas

²³² FREITAS, Juarez. Administração Pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8612/7351>>. Acesso em: 20 ago. 2017. p. 144.

dos poderes executivo e legislativo, de tal sorte que se teria um cenário de ativismo judicial, de interferências judiciais excessivas sob as formas de governo.

Os argumentos centrais das críticas que se constroem a partir da judicialização dos direitos fundamentais estão, como já brevemente citado, relacionados ao fato de que se estaria colocando em risco a atividade democrática; de que haveria uma indevida politização da justiça; e que existiria uma problemática referente à capacidade institucional do Poder Judiciário e os seus limites²³³.

No que se refere à primeira crítica de que a judicialização causaria risco à democracia, os argumentos em favor de tal apontamento aduzem que os juízes não possuiriam um “respaldo democrático direto”, diferentemente do que ocorre com os membros politicamente eleitos dos poderes executivo e legislativo²³⁴, de modo que a legitimidade democrática estaria em jogo.

A questão que se põe em análise centra-se na reflexão sobre a legitimidade do Poder Judiciário “[...] para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?”. De modo que ao decidir questões que, em regra, seriam de competência das outras instâncias de poder, estaria a suprimir o governo da maioria e o papel legislativo²³⁵.

Para os defensores dessa crítica, o Judiciário estaria prolatando decisões que invalidam os atos dos demais poderes ou, ainda, estaria a determinar a realização ou abstenção de condutas pelos mesmos, de modo a dar azo a uma “[...] dificuldade contramajoritária impedindo a sobreposição da vontade do órgão julgador em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo”²³⁶. Os juízes estariam, assim, incorporando um papel ativista, tomando para si a competência de legislador e executor das atividades estatais incumbidas aos demais órgãos das estruturas de poder.

²³³ RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, vol. 7, n. 7, jan-jun. 2010. p. 232-246. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/7/showToc>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 242.

²³⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. **A&C Revista de Direito Constitucional e Administrativo**, Belo Horizonte, Ano 11, n. 43, p. 91-117, jan-mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/229/186>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 99.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 28.

²³⁶ RAMOS, Adriana Monteiro. Op. Cit., p. 243.

Já a segunda crítica de uma indevida politização da justiça tem seus argumentos centrados no fato de que a judicialização excessiva permitiria ao juiz tomar livres escolhas, através de um papel discricionário ilimitado, sem uma plausibilidade necessária às suas decisões, ou seja, a partir da possibilidade de interpretação decorrente de um cenário neoconstitucional, os magistrados se encontrariam livres para interpretar as decisões políticas para além do determinado nas leis e na Constituição²³⁷.

O ponto central dessa crítica encontra-se no fato de que os juízes estariam interpretando o Direito a partir de concepções políticas, proferindo decisões que, para além das fundamentações jurídicas, levam em conta argumentos e fundamentações do campo político.

Por fim, a terceira crítica que pode ser encontrada quando do estudo da judicialização, que talvez possa ser considerada a mais evidente e debatida nos dias atuais, refere-se à capacidade institucional do Poder Judiciário e os seus limites, isto é: a possível violação do princípio da separação dos poderes, vez que o Judiciário estaria a tomar decisões cuja competência originária a ele não pertenceria.

No que se refere aos argumentos dispendidos a seu respeito, encontra-se a afirmação de que o juiz, ao ter consigo uma atitude ativista, buscando uma “[...] solução mágica, na extração de um princípio que fundamente a decisão (razoável ou não), acaba por afrontar à separação dos poderes”, tornando-se “[...] um verdadeiro legislador e inclusive *ex post facto*, contrariando o Estado de Direito, em que impera a lei, como decorrência da justiça”²³⁸.

Mais do que isso, a crítica mostra como ponto a ser considerado o fato de que o juiz está acostumado a realizar a justiça no caso concreto, ou seja, especialmente em casos unitários, nem sempre dispondo do tempo e das informações necessárias para avaliar o impacto de sua decisão em um macrocenário, isto é, o impacto que uma

²³⁷ RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, vol. 7, n. 7, jan-jun. 2010. p. 232-246. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/7/showToc>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 243-244.

²³⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM (RECDUFSM)**. v. 4, n. 11, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 09.

decisão individual pode causar à economia e à própria prestação dos serviços públicos e formulação de políticas públicas²³⁹.

Nesse sentido, Vanice Regina Lírio Valle adverte sobre o déficit de expertise em muitos casos que envolvem especialmente o tema de controle de políticas públicas pelo Judiciário, vez que, não raras vezes, o julgador mesmo sem um conhecimento teórico suficiente, sem entender o panorama geral ao qual a política pública específica tem como alvo, opta por controlar o seu conteúdo, chamando a responsabilidade para si²⁴⁰.

A afirmação encontra sua justificativa a partir do momento em que se entende que um dos traços característicos das políticas públicas se relaciona ao fato de que “[...] elas se desenvolvem dentro de uma determinada perspectiva temporal, sendo inadequada a pretensão de controle que se dirija a um momento determinado no tempo, sem ter em conta os desdobramentos previstos na sua formulação”²⁴¹. Isso mostra que em determinados casos o controle judicial ocorre antes mesmo da possibilidade de que determinada política pública possa gerar os efeitos desejados, demonstrando a inadequação da intervenção “[...] que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia de ação já traçada”²⁴².

Tais apontamento encontram-se, ademais, intimamente relacionadas com a própria capacidade constitucional dos juízes, vez que essa envolve, segundo Luís Roberto Barroso,

[...] a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico²⁴³.

As críticas aqui brevemente evidenciadas têm por fim demonstrar os perigos que a interferência judicial ativa no Estado pode ocasionar, mostra-se uma preocupação patente com o chamado ativismo judicial, ou seja, de uma “[...] ação

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 30.

²⁴⁰ VALLE, Vanice Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2016. p. 109-112.

²⁴¹ Ibidem, p. 110.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 30.

proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com *expansão de seu alcance e sentido*²⁴⁴.

Por certo, no entanto, tais críticas não podem ser interpretadas em sua literalidade, vez que o próprio modelo de Estado Democrático e de Direito traz em seu ímpeto a possibilidade, quando não a necessidade, de que o judiciário faça parte do processo de sua formação.

Há um binômio que deve necessariamente ser levado em conta quando da interpretação das críticas e da possibilidade da judicialização. Ele refere-se à confluência do constitucionalismo e da democracia nos Estados Democrático e de Direito modernos, em que a própria ideia de Estado Constitucional é produto dessas duas ideias, em que a primeira – constitucionalismo – se refere ao “poder limitado e respeito aos direitos fundamentais”, ao ponto que a segunda ideia – democracia – remete ao significado de “soberania popular, governo do povo”. Desse modo, considerando esse binômio, entre direitos fundamentais e vontade da maioria, entre vontade e razão, a existência de eventuais conflitos, de uma tensão aparente, é inexorável²⁴⁵.

De tal sorte que

[...] a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância de poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel da Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos²⁴⁶

É exatamente aqui que se encontra o papel do Poder Judiciário: deve ele, em especial através do Supremo Tribunal Federal, zelar pelo texto constitucional, garantir que tanto a democracia, quanto os direitos fundamentais sejam respeitados,

²⁴⁴ RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, vol. 7, n. 7, jan-jun. 2010. p. 232-246. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/7/showToc>>. Acesso em: 03 jul. 2017. p. 240.

²⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 28.

²⁴⁶ Ibidem.

protegidos e concretizados, mesmo quando isso acarrete a limitação de um em face do outro²⁴⁷.

É nesse sentido que as críticas devem ser atenuadas, pois, em não raras vezes, a judicialização se faz necessária para a própria manutenção dos ideais do Estado Democrático e de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988. Assim, parece certo falar que há legitimidade na atuação do Poder Judiciário uma vez que uma de suas funções é assegurar que o exercício de poder se mantenha adequado em relação com a ordem jurídica, não se identificando “[...] um juízo censório ou punitivo à atividade desenvolvida por outro poder, mas, sim, uma relevante aplicação do sistema de ‘freios e contrapesos’, inerente ao regime democrático e cujo desiderato final é garantir o bem-estar da coletividade”²⁴⁸.

Não se pode considerar, assim, que toda e qualquer interferência do Poder Judiciário na seara de atuação dos outros poderes ocasionará violação ao princípio da tripartição poderes. Por certo que em determinados casos, especialmente nos que se referem à proteção dos direitos fundamentais sociais, a atuação judicial não deve, em regra, ser considerada atentatória ao núcleo de competência do Legislativo e Executivo. Afinal, como bem coloca Emerson Garcia,

[...] não se pode falar em mácula ao princípio da separação dos poderes quando o Tribunal reconhece e tutela direitos subjetivos que, ao arrepio da ordem constitucional, não foram observados pelo Estado. É a própria Constituição, no auge de sua unidade hierárquico-normativa, que estabelece esse mecanismo de equilíbrio entre os poderes, não havendo qualquer anomalia na sua utilização²⁴⁹.

Perceba-se, desse modo, ao menos ao que se refere ao recorte metodológico do presente trabalho – a realização dos direitos fundamentais sociais -, que as críticas acima tecidas aparentemente não encontram guarida, a uma porque os direitos fundamentais sociais possuem um regime jurídico jusfundamental e uma perspectiva subjetiva que permite a sua judicialização independentemente de norma

²⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jun. 2017. p. 28.

²⁴⁸ GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 10, p. 50-88, jan-jul. 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separa%C3%A7ao%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jul. 2017. p. 62.

²⁴⁹ *ibidem*.

infraconstitucional que os regule; a duas porque são direitos insculpidos no texto constitucional cuja implementação deve se dar de forma imediata, não estando o juiz ao determinar alguma prestação fundamental a inovar no sistema jurídico, tendo conseqüentemente uma postura ativista, mas tão somente está fazendo cumprir os dispositivos constitucionais, o que vem a ser sua função profícua.

Não se pretende afirmar aqui que as críticas são desmerecedoras de atenção ou de rigor científico, em verdade acredita-se que devem ser levadas em conta quando da análise de outros aspectos inerentes ao ativismo judicial excessivo e a interferência do Poder Judiciário em questões de política pertencentes aos outros poderes. Todavia, para o presente texto, é importante afirmar que no que se refere à concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais, cuja aplicabilidade deve se dar da melhor forma possível, ante a um trabalho conjunto de todos os poderes, a sua judicialização deve ser encarada como um meio constitucional e apto para tanto.

Afinal, a própria Constituição permitiu a influência do Poder Judiciário nas outras esferas de poder com o intuito de resguardar e proteger os direitos mais básicos dos cidadãos. Ou seja, a judicialização da política, ao menos nos limites aqui analisados brevemente, não é só possível no Brasil, como também, em inúmeros casos (conforme será demonstrado nas próximas linhas), necessária.

Nesse sentido, Daniel Wunder Hachem afirma que:

a constatação da baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil levou a doutrina a buscar, na dogmática constitucional, instrumentos jurídicos para assegurar a sua realização fática. A afirmação da plena e integral normatividade da Constituição, notadamente após o advento da nova ordem constitucional de 1988, produziu efeitos práticos notáveis nessa seara. Com apoio no art. 5º, §1º, da Lei Maior, que estabelece textualmente a aplicabilidade imediata das normas veiculadoras de direitos e garantias fundamentais, e no art. 5º, XXXV, que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciar lesão ou ameaça a direito, passou-se a sustentar a possibilidade de se reivindicar judicialmente a satisfação de tais direitos pela via individual nos casos de omissão ou atuação insuficiente da Administração Pública²⁵⁰.

No Brasil, então, comumente, como bem aponta o autor paranaense acima referido, há um baixo grau de efetividade das prestações jusfundamentais em matéria de direitos sociais, o que causa uma alta procura do Poder Judiciário, em todos os

²⁵⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 63-64.

seus graus de jurisdição, com o intuito de reivindicar a sua respectiva satisfação. O problema se fixa, no entanto, no fato de que, a grande maioria dessas pretensões – busca pelo poder jurisdicional para a real efetivação dos direitos fundamentais sociais – são individuais, ou seja, são análises de casos unitários, cujo âmbito de análise se restringe a um único caso em concreto, deixando à escanteio apreciações em uma macro perspectiva, o que causa uma distinção desigual entre os cidadãos de uma mesma sociedade.

Tem-se a seguinte situação: não raras vezes a Administração acaba por tomar medidas que vão em confronto com suas competências e deveres, como é o caso de se fazer efetivar determinados direitos fundamentais sociais. Dessa omissão na efetivação dos direitos, as partes que possuem condições para tanto, procuram os meios necessários para conseguir tal direito, o que se dá mediante o ingresso de uma ação judicial. Dessa ação, haverá uma decisão que poderá determinar a concessão do direito pleiteado, obrigando a administração ao seu cumprimento. Coloca-se o Judiciário vestido com um manto de garantidor e prestador desses direitos, assumindo um lugar que, em regra, pertenceria à Administração Pública.

Nesse sentido, alguns problemas decorrentes da judicialização excessiva, colocando o Poder Judiciário como fonte de concretização de direitos sociais, podem ser percebidos e merecem a devida atenção. Veja-se:

i) O primeiro problema refere-se ao acesso dos cidadãos ao Judiciário. Em um país com tantas desigualdades sociais e culturais como o Brasil, é realidade inexorável que nem todos os integrantes da sociedade possuem efetivas condições de bater às portas do Judiciário para ter seu pleito analisado. Isto é, apenas parcelas da população que possuem certo grau de instrução e condições financeiras para demandar judicialmente têm a possibilidade de vislumbrar suas pretensões atendidas.

Esse problema causa grave ferimento ao princípio da igualdade, vez que enseja uma discriminação entre os cidadãos dentro de uma mesma sociedade, pois concede direitos para alguns, deixando outros à deriva de qualquer prestação estatal, ferindo expressamente o disposto no artigo 5º, XLI, da Constituição Federal de 1988, que veda o tratamento discriminatório dos cidadãos em matéria relacionados aos direitos fundamentais, o que constrói um cenário social que distingue cidadãos “com sentença” de cidadãos “sem sentença”²⁵¹.

²⁵¹ Os termos “com sentença” e “sem sentença” foram retirados do texto de Carlos Alberto de Salles: SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão da sentença em matéria de direitos sociais

A força do princípio da igualdade se refere a tratar todos os cidadãos de forma igualitária, não restando sua aplicação restrita a disciplina dos direitos fundamentais sociais²⁵². Ele deve ser interpretado a partir da ideia de que a Administração deve tratar todos os cidadãos de forma igual quando se encontrem diante dos mesmos pressupostos fáticos²⁵³, ou seja, se propõe a prevenir atuações administrativas voltadas ao individualismo²⁵⁴.

Se assim o é, o acesso elitizado ao judiciário acaba por ferir diretamente referido princípio, proporcionando uma segregação entre os cidadãos, fornecendo sentenças e, em regra, prestações fundamentais para uns e deixando à deriva de qualquer atenção os outros que, normalmente, se referem às classes sociais mais marginalizadas.

ii) Outro problema aparente da judicialização excessiva dos direitos fundamentais sociais parece estar relacionado à falta de conhecimento dos julgadores a respeito das situações concretas em que a Administração Pública se encontra. Explica-se: em geral, as decisões judiciais podem afetar o orçamento público de determinado município, estado ou até mesmo da União, obrigando uma realocação de fundos orçamentários de outras áreas que não teriam, em tese, condições para dispor. Existe um cenário em que não há, em muitos casos, uma observância ou preocupação por parte do juiz no que toca à macro análise da construção das políticas sociais, se tem somente uma interpretação do plano jurídico, sem dar a devida atenção ao planejamento orçamentário administrativo²⁵⁵.

Nesse sentido, aduz Eduardo Jordão que frequentemente as imposições judiciais em face da Administração Pública não levam em conta a visão geral do

constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Orgs.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 147.

²⁵² HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba. p. 482.

²⁵³ DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 maio. 2016. p. 98.

²⁵⁴ BACELLAR, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. Ed., São Paulo: Belo Horizonte, 2012. p. 192.

²⁵⁵ MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/fev. 2014. 2014. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/75519/79077>. Acesso em: 26 jun. 2017.

orçamento público, determinando a concessão de determinadas prestações, como é o caso, por exemplo, da concessão de medicamentos em determinadas situações, sem o devido conhecimento da realidade orçamentária do Poder Público²⁵⁶.

A falta deste conhecimento, por sua vez, gera um problema vez que conhecer do orçamento público é “[...] circunstância (...) fundamental para a eleição de prioridades a serem atendidas, num mundo (real) em que há escassez de recursos para satisfazer todas as necessidades públicas”²⁵⁷.

Não é intenção da presente pesquisa analisar especificamente os impactos financeiros que as decisões judiciais em matéria de direitos fundamentais causam no orçamento público²⁵⁸. Todavia, apenas a título ilustrativo, vale trazer alguns dados que elucidam a afirmação do parágrafo anterior, por exemplo:

No ano de 2015, o Ministério da Saúde informou que os valores pagos pela Saúde no Brasil para atender decisões judiciais haviam crescido 500%, no período de 2010 a 2014, somando uma quantia total de R\$ 2,1 bilhões de reais. Notando-se um crescimento de R\$ 139,6 milhões de reais no ano de 2010, para 838,4 milhões somente no ano de 2014²⁵⁹. Ainda mais, em levantamento inicial que tem sido elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2017, há a expectativa de que os gastos com a judicialização da saúde alcancem a quantia de 7 (sete) bilhões de reais, somadas as quantias dispendidas pela União, estados e municípios²⁶⁰.

²⁵⁶ JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: Wald; Justen Filho; Pereira (org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 350-362. p. 359.

²⁵⁷ Ibidem, p. 359.

²⁵⁸ Para análise do impacto das decisões judiciais no orçamento público, ver: WANG, Daniel Wei L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública – RAP**, vol. 48, num. 5, set. - out., 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.; VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 2, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 214-222, 2007. p. 214.

²⁵⁹ Dados retirados de reportagem do site do Portal do Ministério da Saúde: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>.

²⁶⁰ Para mais informações a respeito, ver a notícia veiculada no site do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, publicada em 16 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>.

Perceba-se que referidos valores foram destinados tão somente para o cumprimento de decisões judiciais, ou seja, tiveram, em regra, destinações específicas e pontuais²⁶¹.

Pensando-se na esfera dos municípios, interessante estudo elaborado por Daniel Wei L. Wang, Natália Pires de Vasconcelos, Vanessa Elias de Oliveira e Fernanda Vargas Terrazas, analisou o impacto da judicialização da saúde no Município de São Paulo, chegando a conclusão de que houve um crescimento significativo de demandas judiciais envolvendo a área da saúde no período de 2005 até 2011 (período analisado) e que, somente no ano de 2011, houve um gasto estimado de aproximadamente R\$ 8,8 milhões de reais pela Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo com a judicialização da saúde, notadamente com a compra de medicamentos e insumos. Isso demonstra que cerca de 10% do orçamento destinado àquela secretaria, do maior município do Brasil, foi realocada para atender tais fins²⁶².

Outra análise também de relevo foi feita por Fabiola Sulpino Vieira e Paola Zucchi, em que, ao analisarem as distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamento no Brasil, perceberam que no ano de 2005 foram impetradas 170 ações contra a Secretaria de Saúde do Município de São Paulo visando o fornecimento de medicamentos, culminando em um gasto de R\$ 876 mil reais para itens não constantes das listas básicas de fornecimento do Sistema Único de Saúde, que poderiam em sua grande maioria ser substituídos por similares que já vinham sendo fornecidos (73%). Desse total, ademais, cerca de 75% dos medicamentos cuja concessão foi determinada pelo Poder Judiciário necessitavam de mais ensaios clínicos para comprovação de efeitos reais e positivos²⁶³.

Aparentemente, tais índices vêm só aumentando no cenário nacional, considerando que em recente análise efetuada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, no ano de 2016, referente aos dados do ano de 2015, se mostrou que assuntos referentes ao direito administrativo, notadamente na área nomeada de

²⁶¹ Por certo que tais fatores, simplesmente da análise dos gastos com a judicialização no âmbito federal, não esgotam a explicação a respeito do acréscimo e modificação dos orçamentos. As causas que levam a essas modificações são complexas e plurais, indo para além das intenções do presente texto.

²⁶² WANG, Daniel Wei L. *et. al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública – RAP**, vol. 48, num. 5, set. - out., 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

²⁶³ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 2, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 214-222, 2007. p. 214.

“serviços/saúde” encontram-se em 12º lugar no *ranking* de assuntos mais demandados em ações em tramitação no segundo grau de jurisdição²⁶⁴.

Pode-se perceber, desse modo, que a judicialização em matéria de direitos fundamentais sociais causa grandes impactos no orçamento público. Veja-se que os sucintos exemplos trazidos acima demonstram grandes e graves impactos no gerenciamento administrativo sofridos pelo movimento de uma judicialização excessiva que vem, aparentemente, aumentando a cada ano.

Esta questão tem sua devida importância uma vez que interfere diretamente no processo das escolhas administrativas do administrador público que se vê obrigado a realocar fundos que estariam destinados para outras pastas e outros planos políticos, com o fim de fazer cumprir decisões judiciais. Mais ainda, em regra, as decisões analisam tão somente o caso singular, não se atentando a uma análise do cenário político e social como um todo, causando uma discriminação de uns cidadãos para com os outros, vez que os que tiveram acesso ao Judiciário terão suas demandas atendidas muitas vezes ao custo do sacrifício das demandas sociais dos demais que não tiveram acesso ao poder jurisdicional.

iii) Um terceiro problema que pode ser extraído da judicialização excessiva se refere também à grande quantidade de processos existentes, hoje, no Poder Judiciário em tramitação. Atualmente, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, existem cerca de 75 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, consideradas todas as matérias e instâncias²⁶⁵.

Esse problema também está vinculado diretamente com a questão da judicialização em matéria de direitos fundamentais sociais, vez que levantamentos recentes apontam um alto nível de processos ajuizados, conforme já se pôde ver nas linhas acima, nas respectivas matérias.

A verdade é que a alta quantidade de processos existentes nos Tribunais e juízos de primeiro grau influenciam na própria questão da solução dos litígios de pretensões fundamentais. Isso porque devem ser levados em consideração aspectos como a morosidade judicial e a qualidade das decisões, por exemplo. Os juízes se encontram cada vez mais sobrecarregados e impedidos, em não raras vezes, de fornecer a tutela judicial da forma devida.

²⁶⁴ BRASIL. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.

²⁶⁵ *Ibidem*.

Os três problemas aqui citados estão diretamente relacionados com a judicialização excessiva presente hoje em dia no estado brasileiro. Se tem um cenário em que a judicialização foi posta no ambiente jurídico como forma de solucionar os problemas da sociedade, prestando direitos que não seriam de sua competência primeira.

Não se defende o fim da judicialização, até porque, ante à leitura feita por essa pesquisa, tal pressuposição não seria possível, além de ser inconstitucional. O que impende, no entanto, é encontrar meios que deem vazão ao alto índice de pretensões jusfundamentais que se encontram judicializadas hoje em dia. A busca por instrumentos que concretizem os direitos fundamentais sociais de forma ampla, equânime e efetiva deve ser colocada como objetivo de destaque pela doutrina do direito administrativo brasileiro. Sua justificativa encontra fundamentação em ao menos dois argumentos já trabalhados por aqui, quais sejam: prestar com maior efetividade os direitos fundamentais sociais e, conseqüentemente, causar uma aproximação com o modelo administrativo e de Estado vigente, dando fiel cumprimento ao texto constitucional e buscando o desenvolvimento da sociedade; e diminuir a enorme quantidade de processos que hoje existem à espera de julgamento no Brasil.

Criando e encontrando tais instrumentos a partir da dogmática constitucional e administrativa, se estará garantindo um verdadeiro Estado Social, Democrático e de Direito, conforme previsto pela Constituição Federal de 1988, bem como garantindo uma ideal proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essa é a razão da presente pesquisa a partir daqui: lançar mão de uma proposta de instrumento a ser utilizado pela Administração Pública Brasileira que tenha por razão garantir maior racionalidade das decisões administrativas e, conseqüentemente, maior efetividade das prestações de direitos fundamentais sociais, garantindo um nível de segurança e confiança que barre tendências anti-estatais que levaram ao modelo atual (vide tópico 1.2). E, ainda, por outra vertente, impacte diretamente no próprio poder judiciário, diminuindo o mar de processos judiciais que hoje se encontram a espera de julgamento, ao menos, nesse momento, na esteira dos direitos fundamentais sociais.

A posposta, então, parte do pressuposto de que as decisões administrativas devem ser racionalizadas e efetivamente sérias na análise do caso concreto posto em evidência. Deve-se, ademais, respeitar a todas as normas constitucionais, em

especial os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir desses pressupostos, a Administração Pública, por força dos princípios a si iminentes, como, por exemplo, da igualdade e segurança jurídica, se vinculará às próprias decisões, não podendo exercer juízos diferentes em situações que possuam as mesmas condições fáticas e jurídicas. Assim, ante a esses pressupostos, o modelo administrativo se torna mais seguro e equânime, racionalizando a sua atuação e garantindo maior efetividade aos direitos fundamentais e fundamentais sociais.

Em poucas palavras, é a ideia de que a Administração Pública, através da efetiva análise do caso em concreto, decida de forma racional, equânime e segura, sempre pensando no maior índice de efetivação das pretensões fundamentais dos cidadãos. A essas decisões ela se vinculará, não podendo emitir juízos diversos aos já emitidos. É o que recentemente a doutrina vem denominando de *precedentes administrativos*.

Desse modo, nos próximos capítulos, buscar-se-á demonstrar a construção dos precedentes administrativos, trazendo o seu conceito, bem como sua fundamentação jurídica e possíveis interpretações de sua aplicação na prática, através de exercícios argumentativos, para que se possa chegar à efetiva análise de que a vinculação da administração pública aos precedentes é apta a diminuir a judicialização hoje existente em matéria de direitos fundamentais sociais e, mais importante, garantir uma maior efetividade dessas prestações no meio administrativo, que é o modelo desejado.

PARTE II - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES:

binômio necessário à devida concretização dos direitos fundamentais

CAPÍTULO I - A LÓGICA DOS PRECEDENTES: Estrutura e Aplicabilidade

1.1 A TEORIA DOS PRECEDENTES, OS SISTEMAS DE DIREITO E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A partir dos pressupostos desenvolvidos na primeira parte do presente texto, pretende-se, agora, demonstrar o que vem a ser considerado um precedente, ou seja, quando uma decisão tomada, seja pela via jurisdicional, seja pela via administrativa, pode e deve ter efeito vinculante. Para isso, no entanto, é importante entender em qual cenário se pode falar a respeito da teoria dos precedentes, especialmente a partir da ótica de dois grandes sistemas de direito existentes²⁶⁶, quais sejam, o *common law* e o *civil law*²⁶⁷.

Por certo, a discussão a respeito dos precedentes possui um peso maior nos sistemas de cultura do *common law*, vez que são a sua principal fonte de direito²⁶⁸.

²⁶⁶ De acordo com René David, por mais que em sua obra se debruce a respeito dos três principais sistemas de direito existentes, a partir de sua ótica, quais sejam: O romano-germânico, o *common law* e a família dos direitos socialistas, tais grupos não têm por razão e força valorativa excluir ou dar conta de toda a realidade jurídica existente contemporaneamente. Afinal, “ao lado das concepções que eles representam, ou combinando-se com essas concepções, outros modos de ver relativos à boa organização da sociedade persistem e continuam a ser determinantes num grande número de sociedades” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 17). Nesse mesmo sentido, afirmam Paulo Henrique Dias Drummond e Priscila Soares Crocetti que “As tradições do *Civil Law* e *Common Law* podem ser atualmente consideradas os dois grandes complexos de experiência jurídica existentes, é dizer, dois grandes campos jurídicos que comportam determinadas formas de conceber, praticar e ensinar o Direito; campos em cujo interior o trabalho social e jurídico é dividido de determinada forma e em que as soluções dadas para os conflitos sociais são pensadas através de redes de significados bastante próprias (até o ponto de implicarem uma notável incompreensão mútua). São as duas grandes formas de expressão da experiência jurídica não por serem únicas, mas sim por serem as tradições preponderantes em grande parte do planeta, possivelmente na totalidade do mundo ocidental” (DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivim. 2012. pp. 41- 82. p. 41).

²⁶⁷ Uma ressalva importante deve, aqui, ser considerada: Não é intenção do presente texto construir uma análise histórica e detalhada de ambos os sistemas jurídicos (*civil law* e *common law*), mas, sim, procurar demonstrar quais são os pressupostos teóricos importantes de ambos os sistemas para a teoria dos precedentes e, ainda mais, no que tais teorias podem influenciar na adoção de um sistema de precedentes no Brasil e, especialmente, em uma teoria dos precedentes administrativos. Para um estudo aprofundado sobre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais, ver, dentre outros: DAVID, René. Op. Cit.; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014; HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005; VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2007.

²⁶⁸ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 29.

Desse modo, impende, antes de se analisar a figura dos precedentes no contexto do direito brasileiro, debruçar-se sobre a construção e origem dos precedentes no sistema anglo-saxão percebendo de que modo a sua aplicação se dá pelo Direito.

A cultura de uma tradição pautada no *common law* tem sua origem ligada ao direito inglês, compreendendo praticamente todo o Direito de todos os países de língua inglesa. Trata-se de um sistema que influenciou de forma ampla os países que de alguma forma estiveram politicamente associados à Inglaterra²⁶⁹.

Ainda que o recorte metodológico da presente dissertação não permita a tratativa aprofundada dos aspectos históricos que marcaram o surgimento da *Common Law*, há um fator que pode explicar a especificidade de tal sistema em face dos demais povos de tradição romana. Na Inglaterra, a partir da conquista de Guilherme, o conquistador normando, tinha-se a intenção de se dar continuidade à vigência do direito anglo-saxão²⁷⁰, de tal sorte que com o escopo de se proteger contra eventuais revoltas da população, dá-se a criação de um direito que visava confrontar os costumes locais quando da solução de conflitos, criando-se, desse modo, os Tribunais Reais de Justiça cuja responsabilidade seria de elaborar um direito comum para toda a Inglaterra, em oposição aos costumes locais²⁷¹.

Conforme aponta Estefânia Maria de Queiroz Barboza, “[...] a *common law* significava o direito comum a todo o Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster”²⁷².

Perceba-se aqui o início deste processo de unificação do direito inglês, através das decisões das Cortes Reais de Justiça, construindo um direito comum para todos. Tais Cortes, no entanto, não tinham por intuito solucionar todos os litígios existentes na Inglaterra daquela época. Em verdade, como o próprio nome sugere, tais Cortes Reais de Justiça tinham como fim primeiro garantir os interesses

²⁶⁹ Como bem aponta René David, ao tratar a respeito do impacto do direito inglês nos demais países, afirmando que “[...] a influência inglesa não deixou (...) de marcar profundamente, em todos os casos, a maneira de pensar dos seus juristas, porque, por um lado, a organização administrativa e judiciária e, por outro, a matéria do processo (civil ou criminal) e as provas foram estabelecidas e reguladas segundo o modelo inglês” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 279).

²⁷⁰ Ibidem, p. 285.

²⁷¹ Ibidem, p. 286.

²⁷² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 41.

econômicos do reino, através dos lucros gerados pela atividade jurisdicional, de tal sorte que eram de difícil acesso pelas pessoas “comuns”²⁷³.

Com isso, a competência das Cortes se tornava restrita, de modo que, para que fosse possível alcançá-las para ver suas intenções analisadas, os cidadãos tinham que passar por uma série de percalços burocráticos, de procedimentos e formalidades²⁷⁴.

Ademais, tais Tribunais²⁷⁵, além de não possuírem uma competência universal, tinham que ter cautela em suas decisões, levando em conta as suscetibilidades dos senhores feudais. Assim, não estavam tais Tribunais de Justiça, a essa época, “aptos a administrar a justiça, até mesmo em recurso, para todos os litígios que surjam no reino”, limitando-se a sua intervenção a três tipos muito especiais de matérias, quais sejam: “[...] questões relacionadas as finanças reais, com a propriedade imobiliária e a posse de imóveis, e a graves questões criminais que se relacionem com a paz do reino”²⁷⁶.

Assim, o Direito inglês foi se desenvolvendo especialmente a partir dos *writs*, isto é, no campo do processo, em que as ações judiciais se davam a partir das ordens do rei²⁷⁷. Considerando esse fato, o Direito inglês, a essa época, se revelava com as feições de um “[...] sistema muito estrito e formalizado de ações (*writs*), dando-se mais importância ao processo propriamente dito, do que ao direito substantivo”²⁷⁸.

Como bem explica António Manuel Hespanha, ao estudar a questão, “um queixoso não poderia fazer valer os seus direitos se não encontrasse uma ação na

²⁷³ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 48.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁷⁵ A respeito dos Tribunais Reais, René David afirma que: “Até 1875 continuarão a ser, teoricamente, jurisdições de exceção. Submeter o seu caso às jurisdições reais não é, até esta data, um direito para particulares. É um privilégio, para o qual é necessário solicitar a concessão, que a autoridade real apenas concede com perfeito conhecimento de causa. Aquele que quiser pedir justiça ao rei, dirige-se a um grande oficial da Coroa, o Chanceler, e pede-lhe a concessão de um *writ*, por força do qual as jurisdições reais poderão ser postas em funcionamento, mediante o pagamento de taxas à chancelaria. Além disso, pode ainda dirigir-se diretamente aos juizes através de queixas ou petições (*querela, billa*). Alguns *writs* parecem ter sido a simples cristalização de uma prática judiciária estabelecida com fundamento nestas queixas” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 288).

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 287.

²⁷⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 42.

²⁷⁸ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005. p. 181.

qual pudesse integrar a sua pretensão (*ubi remedium ibi jus* [só se houver um remédio processual, haverá um direito])”²⁷⁹.

Veja-se que o processo tinha importância primordial para o direito inglês e para a sua aplicação pelos Tribunais de Westminster, ao contrário dos outros países do continente que mostravam uma preocupação primária com a execução dos direitos, de tal forma que o *common law* nesse período se liga à proposição “*remedies precede rights*”, isto é: o processo vem em primeiro lugar²⁸⁰.

Tal estrutura jurídica, no entanto, trazia consigo certos problemas que se tornavam cada vez mais evidentes. Como visto anteriormente, o acesso às Cortes de Justiça era limitado, restando, ademais, todo o poder em si centralizado. Além disso, a preocupação maior existente repousava sobre a estrutura processual das demandas e não necessariamente sobre o direito substantivo, o que vinha a causar uma série de descontentamentos e, de certo modo, injustiças no cenário inglês.

A *common law* encontrava-se dependente de processos formalistas, sendo posta, conforme afirma René David, em frente a um duplo perigo, pois não podia se desenvolver plenamente com a liberdade necessária para atender aos anseios das necessidades da época; e devido “a uma esclerose resultante da rotina dos homens da lei”²⁸¹.

Diante desse cenário, aceitava-se que os cidadãos descontentes com as decisões dos Tribunais Reais opusessem um recurso ao Rei, o qual seria analisado por um conselheiro real (*chancellor*) o qual poderia, em sendo o caso, decidir diferentemente dos Tribunais e em favor da justiça. A partir desta possibilidade, surge,

²⁷⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005. p. 181.

²⁸⁰ René David assim explica o funcionamento do sistema nesta época: “O processo seguido nos Tribunais Reais de Westminster varia segundo a maneira como a ação é conduzida. A cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a sequência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, e os meios de fazer executar a decisão. Num determinado processo certas palavras devem ser usadas para designar demandante e demandado; o emprego das mesmas palavras seria fatal em outro tipo de processo. Em certo tipo de ação recorre-se a um júri; em outros não há júri, mas admite-se a prova por compurgação (*wager of law*): malogra-se a ação se o demandado apresenta um certo número de ‘testemunhas’ que se limitam a atestar, sob a fé de um juramento, a sua credibilidade. Em certos tipos de ações o demandado pode ser julgado à revelia, mas não em outros. O mesmo sistema vale para as ações *on the case*, que são julgadas segundo o processo decorrente deste ou daquele *writ*, julgado o mais apropriado para o caso concreto; o processo mais frequente seguido é o *writ of trespass*, que é considerado como o mais moderno e satisfatório” (DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 289-290).

²⁸¹ Ibidem, p. 295.

então, no sistema do *anglo-saxão*, uma espécie de Tribunal paralelo, isto é, uma Corte de Equidade (*Court of Chancery*)²⁸².

Nesse panorama, então, especialmente a partir do século XV, o *chancellor* tem um aumento de poder, tornando-se cada vez mais próximo da figura de um juiz autônomo que, sob a autorização do conselho real e do próprio Rei, tem a sua intervenção cada vez mais solicitada “[...] devido aos obstáculos que o processo e a rotina dos juízes opõe a um desenvolvimento desejável da *common law*”²⁸³. Assim, “as suas decisões, tomadas inicialmente em consideração pela ‘equidade do caso particular’, tornam-se cada vez mais sistemáticas, fazendo a aplicação de doutrinas ‘equitativas’, que constituem adjunções ou corretivos aos princípios jurídicos aplicados pelos Tribunais Reais”²⁸⁴.

Apresentavam-se, dessa maneira, dois sistemas jurídicos que andavam lado a lado na Inglaterra, quais sejam: a *common law* de um lado e a *equity*²⁸⁵ de outro²⁸⁶. Este cenário se mantém até o final do século XIX, quando entre os anos de 1873 e 1875, a organização judiciária inglesa sofre uma radical mudança, através dos *Judicature Acts*, que põe fim ao dualismo existente entre o *common law* e a *equity*,

²⁸² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 41-42.

²⁸³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 296.

²⁸⁴ Ibidem.

²⁸⁵ Ao dissertar sobre a origem da *equity*, René David afirma ser necessário reconsiderar as condições que se desenvolveram as suas regras no direito inglês, vez que “quando o sistema da *common law* funcionava mal – ou porque os Tribunais Reais não podiam ser consultados, ou porque não podiam conceder a solução adequada solicitada por um pleiteante, ou porque não tinham meios para bem conduzirem um processo, ou ainda porque chegavam a uma decisão contrária à equidade – os particulares tinham, segundo as ideais da Idade Média, a possibilidade de pedir a intervenção do Rei, fazendo apelo aos imperativos de sua consciência, para que tomasse uma decisão que facilitasse o curso da justiça ou para que impusesse a solução exigida pela justiça; O direito não era tabu. O rei, soberano justiceiro, devia assegurar aos seus súditos a justiça, a sua intervenção era legítima nos casos em que a técnica do direito era defeituosa” (Ibidem, p. 309).

²⁸⁶ António Manuel Hespanha, ao falar a respeito desta dicotomia entre o *common law* e a *equity*, aduz que: “este sistema – que se manteve até o *judicature acts (1873-1875)* provocou uma grande rigidez no direito, tanto mais que se começou a manifestar, por volta do séc. XIV, uma resistência dos senhores feudais à concessão de novos tipos de acções (*writs*), nos quais viam potenciais garantias de direitos das populações que poderiam limitar o seu arbítrio. A forma de superar este conservadorismo jurídico foi um progressivo recurso à equidade, que – embora com alguma expressão mesmo nos tribunais clássicos do *common law* – teve um impacto maior naqueles tribunais em que os juízos de oportunidade ou a pretensão régia de corrigir o direito em função da justiça eram dominantes. Isto passava-se, nomeadamente, com tribunais reais mais especializados, como o *King’s Council* ou a *Court of Chancery* (tribunais reais por excelência) ou a *Court of Admiralty* (que lidava com matérias comerciais, normalmente usando o direito da tradição romanista continental). Dada esta separação institucional, a *equity* acabou por se constituir num ramo de direito relativamente autônomo em relação ao *common law*” (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005. p. 182).

transformando o fundamento das jurisdições inglesas que passam a ter competência para aplicar do mesmo modo tanto as regras do *equity*, quanto as de *common law*²⁸⁷.

Com isso, cria-se um Tribunal Superior único, denominado de *Supreme Court of Judicature*, permitindo, juntamente com a nova concepção de que as jurisdições inferiores poderiam aplicar tanto o *common law* quanto a *equity*, não estando limitada, notadamente no que se refere a segunda, a uma instância recursal, uma evolução no direito inglês, pois “[...] o processo começou a ser simplificado, e as regras substanciais do direito (*substantive law*) ganharam maior importância”²⁸⁸.

Todavia, é importante ter em mente, como bem lembra Gustavo Marinho de Carvalho, que mesmo a partir dessa nova possibilidade de que os órgãos jurisdicionais se valham tanto da *common law*, quanto da *equity*, não houve mudanças radicais na forma de se pensar o direito inglês. Por certo, trouxe importantes questões como, por exemplo, o aumento com a preocupação a respeito das normas substanciais do direito, mas não alterou o âmago do pensamento inglês, ou seja: “o Direito nasce dos Tribunais, pela análise e julgamento de casos concretos (*judge made law*)”²⁸⁹.

Este é ponto importante da análise do sistema anglo-saxão que, ademais, mostra uma importante diferença para com o sistema do romano-germânico, pois, afinal, “[...] o inglês vê no caso concreto a única possibilidade de se obter uma solução justa e racional, enquanto os romanistas veem na razão consubstanciada na lei escrita, e não no caso concreto, a maneira mais adequada para se chegar à solução justa”²⁹⁰.

É, de fato, a partir do século XIX, com essa mudança de perspectiva do pensamento jurídico inglês, que se pode falar efetivamente na ideia de um direito do *common law* como um direito dos precedentes, isto é, uma ciência jurídica em que os juízes estão vinculados às suas próprias decisões²⁹¹. Tal fato, por sua vez, encontra-se relacionado com a ideia de uma construção de um sistema integrado e unificado

²⁸⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 300.

²⁸⁸ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 52.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 53.

²⁹⁰ *ibidem*.

²⁹¹ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivim. 2012. pp. 41- 82. p. 55.

de relatórios, os chamados *law reports*²⁹². Tais Relatórios que se traduzem em instrumentos essenciais para o conhecimento do direito inglês, permitindo-se, através deles, um conhecimento amplo a respeito da jurisprudência dos Tribunais. Ainda mais, outro importante instrumento para conhecimento deste direito se referia à enciclopédia *Laws of England*, criada sob a direção de Lorde Halsbury, que permitiu a exposição sistemática do próprio direito da Inglaterra²⁹³.

Nesse sentido, afirma René David que

No que se refere ao direito substantivo, realizou-se uma notável obra clarificadora (ab-rogação de leis em desuso) e ordenadora (*consolidation*), libertando o direito inglês de soluções arcaicas e esforçando-se, em vários domínios, por apresentar sistematicamente as suas regras. A importância da obra de legislação, realizada no século XIX, não fez o direito inglês perder seu aspecto tradicional: não intervém nesta obra nenhuma codificação concebida à maneira francesa e o desenvolvimento do direito inglês mantém no essencial a obra dos tribunais; o legislador oferece-lhes novas possibilidades e lhes indica novas orientações, mais do que cria ele próprio, na realidade prática, um direito novo²⁹⁴.

Perceba-se, assim, que há, de fato, uma mudança de perspectiva na forma de se entender o direito inglês, notadamente após o final do século XIX, em que se mostra uma preocupação com a sua unificação, na busca pela justiça propriamente dita. No entanto, tal direito, mesmo com uma nova tendência pautada na preocupação com o direito substantivo e não mais somente nas questões referentes ao processo, continua tendo como fonte motriz as decisões judiciais como base de seu sistema jurídico. Não se negam as legislações criadas e codificadas, mas entende-se que a força das decisões judiciais, dos precedentes, é vinculativa e funcionam, os precedentes, como fonte, também, do seu direito.

Ou seja, pode-se dizer que o *common law* foi um direito desenvolvido tendo como base as decisões judiciais, possuindo pouca, ou quase nenhuma influência do direito romano (*civil law*, conforme se verá mais a frente), possuindo características bastantes singulares, quais sejam: trata-se de um direito eminentemente decorrente de uma evolução histórica sem rupturas, em que a jurisprudência possui um papel

²⁹² DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROSETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivim. 2012. pp. 41- 82. p. 55.

²⁹³ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 301.

²⁹⁴ Ibidem.

primordial, de grande importância para o sistema jurídico, decorrendo daí o termo *judge made law*, sendo considerado um “direito Judiciário” e “não codificado”²⁹⁵.

Ademais, é certo que, mesmo com o passar dos tempos, especialmente no que se refere ao período do final do século XIX até os dias atuais, no que toca ao direito inglês, não existiram grandes reformas mesmo com o estabelecimento de uma ideia de codificação geral das leis. Neste plano jurídico, as leis sempre tiveram um papel complementar em face das regras judiciárias, de tal modo que se defende e entende que as decisões judiciais prevalecem sobre a lei escrita, vez que teriam maior grau de especialidade. Podendo-se afirmar, assim, que “[...] as leis só são efetivamente incorporadas no direito inglês a partir de sua aplicação pelos Tribunais, e na medida de sua interpretação”²⁹⁶.

A própria ideia de Constituição escrita é estranha ao direito inglês, sendo que até os dias de hoje não se percebe a existência de tal documento em seu sistema jurídico. Para eles (ingleses), a “[...] Constituição, na verdade, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades”²⁹⁷.

Em resumo, pode-se afirmar que o direito inglês é um direito judiciário, ou seja, suas fontes primárias são as decisões emanadas pelos tribunais – os precedentes -, colocando em evidência o importante papel criador do juiz. Aqui, resta nítida uma de suas grandes divergências com o *civil law*, vez que no *common law* as leis possuem um papel complementar, estando dependentes das decisões judiciais, da força dos precedentes para terem sentido²⁹⁸.

A respeito do direito inglês, afirma Estefânia Maria Queiroz Barboza que

O direito inglês é fundamentalmente um direito jurisprudencial (*case law*) e, portanto, suas regras são aquelas que se encontram na *ratio decidendi* das decisões dos Tribunais Superiores da Inglaterra. Numa decisão é possível distinguir a *ratio decidendi* da *obiter dicta*; enquanto a *ratio decidendi* é a questão nuclear e impositiva da decisão, as *obiter dicta* são as declarações que não são estritamente necessárias para a solução do conflito²⁹⁹.

²⁹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 44.

²⁹⁶ Ibidem, p. 45.

²⁹⁷ Ibidem, p. 46.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ Ibidem, p. 46-47.

As considerações efetuadas a respeito do sistema do *common law* elaboradas até aqui, notadamente no que se refere à sua formação no direito inglês, possuem por intenção demonstrar que tal sistema ao defender uma teoria que, a partir da solução de um caso relevante e a sua consideração como fonte do direito, apesar de se pautar fortemente na valorização do processo, permite criar um sistema em que a segurança jurídica e a igualdade são tomadas como fonte de justiça, isto é: a partir da repetição de casos similares, busca-se decidi-los da mesma forma como anteriormente já fora decidido, de modo a garantir um cenário de estabilidade e confiança para os cidadãos. Esse sistema, portanto, explica a legitimidade da ideia central do presente trabalho: buscar apresentar a atuação da Administração Pública vinculada aos precedentes de forma a assegurar o atendimento do interesse público.

Feitas essas considerações a respeito do sistema do *common law* inglês, torna-se necessário, ainda, tecer alguns breves comentários sobre outro país influenciado pela cultura jurídica inglesa e que, assim, também é influenciado pelo direito *anglo-saxão*. Está-se a falar dos Estados Unidos da América.

Fazer menção ao seu modelo jurídico é importante, vez que, mesmo sendo um país cuja cultura jurídica é a do sistema do *common law*, certas diferenças substanciais podem ser percebidas quando comparado tal modelo com o direito inglês. A primeira e mais importante diferença que pode ser percebida talvez se refira à ideia de supremacia da Constituição Norte-Americana. Para o modelo de direito americano, ela - a Constituição - vai representar a vontade soberana no povo, em que há uma prevalência de uma teoria de governo limitado³⁰⁰.

É certo que o próprio modo de colonização, estrutura social e mesmo territorial influenciaram na construção do direito norte-americano. Diferente da Inglaterra, os Estados Unidos são um país com um regime presidencialista, com estrutura de um Estado Federal, com uma grande miscigenação de culturas religiosas e étnicas, de nível de vida e de educação, de tal sorte que mesmo sob influência do *common law* inglês, construiu-se o seu direito de forma muito própria e única³⁰¹.

O fato é que, com a aproximação da França como uma aliada aos Estados Unidos, após a sua independência, o seu direito pautado no *common law* se

³⁰⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 55.

³⁰¹ Para mais sobre as diferenças entre o *common law* americano e inglês, especificamente no que toca a originalidade do direito americano, ver: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. Título II, cap. I.

aproximou, de certa maneira, do *civil law* francês, o que ocasionou um movimento de codificação e de positivação da lei que recebeu boa aceitação dos americanos. Esse fator foi exatamente o que permitiu e deu impulso à criação das Constituições escritas, bem como à organização de códigos legislativos³⁰².

Diante disso, é que se pode perceber que mesmo se tratando de um direito pautado na tradição do *common law*, o direito americano se diferencia do direito inglês em determinados aspectos materiais e formais. Marcelo Augusto Biehl Ortolan, bem elenca três fatores que podem ser indicados como elementos essenciais que demonstram tal dicotomia, quais sejam:

[...] a consolidação de uma Constituição rígida, em contraposição à flexível Constituição inglesa; o princípio da supremacia do judiciário como intérprete desta Constituição (*judicial review*), em contraposição ao princípio da supremacia do parlamento inglês; e a organização sob a forma federal do Estado, em contraposição à organização unitária do Estado inglês³⁰³.

No entanto, para o presente trabalho o importante é o fato de que, por mais que efetivamente existam diferenças entre as estruturas dos sistemas de direito de ambos os países, tanto o *common law* inglês, quanto o americano, se formam sob a batuta de um direito jurisprudencial, isto é, o precedente, a decisão judicial, como fonte de direito a ser respeitada, estando as demais legislações, em regra, dependentes da interpretação judicial³⁰⁴. Tal fator, por sua vez, liga-se intimamente com a ideia de manter um cenário de estabilidade e confiabilidade das decisões jurídicas, ou seja, a partir de uma teoria que defende a formulação de precedentes vinculantes que tenham por condão garantir a racionalidade das decisões, segurança jurídica e igualdade.

Diferente do modelo adotado por países como os Estados Unidos e Inglaterra, por sua vez, é o modelo de sistema jurídico adotado por outros países do globo como, por exemplo, Alemanha, França, os países da América Latina e, conseqüentemente o Brasil. Tal sistema, já citado nas linhas antecessoras, refere-se ao *civil law*, de influência romano-germânica, que possui estrutura em muito diversa do *common law*. Sendo assim, impende, neste momento, traçar algumas linhas a respeito de tal

³⁰² ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivim. 2012. pp. 15-40. p. 22-23.

³⁰³ Ibidem, p. 23.

³⁰⁴ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 367 e 381-382.

sistema para que se torne possível, neste capítulo, analisar a possibilidade de que um sistema de decisões judiciais vinculantes, de precedentes propriamente ditos, possa ser albergado pelo *civil law*, sob a justificativa de uma maior garantia de igualdade e segurança das decisões.

Ao contrário do sistema do *common law*, em que, como visto, a sua principal fonte de direito é a jurisprudência, nos países de sistema do *civil law*, a sua principal fonte de direito é a lei, a norma jurídica criada pelo legislador. Neste sistema jurídico, alça-se o princípio da legalidade, especialmente no que se refere aos ramos do direito público, como a sua “espinha dorsal”³⁰⁵.

O direito romano-germânico, então, como o próprio nome sugere, tem suas origens a partir da própria construção do direito romano, notadamente a partir do Código de Justiniano (*Corpus Iuris Civilis*)³⁰⁶. Veja-se que a construção de tal família do Direito possui uma longa história, ligando-se ao direito romano antigo. Não se pode, todavia, como bem atenta René David, acreditar que os direitos inerentes a família romano-germânica são a cópia do direito romano. De fato, esta família deu continuidade e foi responsável por sua evolução, contando, entretanto, com outras fontes de direito para além das da corrente romanista³⁰⁷.

A influência da família romano-germânica pode ser encontrada, hoje, espalhada por todo o globo, sejam nos países da América Latina, sejam em países orientais como o Japão, seja, ainda, nos países africanos, como resultado de uma expansão decorrente dos processos colonizadores, bem como devido as facilidades encontradas para a recepção desta teoria, através de sua base na codificação³⁰⁸.

No entanto, parece certo, ao menos para o recorte metodológico do presente texto, que se analise o sistema de direito *civil law* a partir dos períodos das revoluções burguesas, notadamente da Revolução Francesa. Isso porque é a partir de seus paradigmas conceituais que o conteúdo da ciência jurídica, do Direito, iniciou a ser

³⁰⁵ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 73.

³⁰⁶ Ibidem, p. 37.

³⁰⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996. p. 25.

³⁰⁸ Ibidem, p. 25 e 33. Sobre a expansão do direito romano, afirma referido autor que, através das compilações feitas por Justiniano, era um direito fácil de se conhecer, vez que “[...] expunham o seu conteúdo, na língua que a igreja tinha conservado e vulgarizado e que era a de todas as chancelarias e de todos os sábios: o latim. O direito romano fora o de uma civilização brilhante, que se estendera do Mediterrâneo até o Mar do Norte, de Bizâncio à Bretanha, e que evocava no espírito dos contemporâneos, com nostalgia, a unidade perdida da cristandade”.

delineado, bem como os instrumentos para a sua aplicação, a partir de uma ideia de predomínio da lei codificada³⁰⁹.

Fora propagado, a partir da Revolução Francesa, um direito secular, responsável por abolir as heranças feudais da idade média, relacionadas à religião, percebendo-se que a igreja não deveria mais ser a responsável pelo governo dos homens, mas que esses, em verdade, deveriam ser governados por representantes eleitos. Além disso, os ideais franceses da revolução deram força “[...] à ideia racionalista, que entendia que a razão controlava todas as atividades humanas e, com isso, legitimou a revogação das leis e instituições existentes para a implantação de uma nova ordem jurídica baseada em princípios fundamentais inquestionáveis”³¹⁰.

Ainda, a Revolução Francesa³¹¹ trouxe como consequência a ideia de separação dos poderes do Estado, impingindo aos juízes da época uma função bastante restrita, em que eram reconhecidos como simples aplicadores da lei, sem competência, em tese, para interpretá-la, reconhecendo direitos³¹². Tal situação se justificava uma vez que, antes do período revolucionário, os juízes faziam parte da aristocracia estatal, em que seus cargos eram ou herdados ou comprados, de tal modo que não se preocupavam efetivamente com a consagração de valores como os de igualdade, fraternidade e liberdade³¹³.

Nesse mesmo sentido Willian Pugliese demonstra que antes do momento revolucionário francês, os juízes somente se preocupavam em atender aos interesses de sua própria classe, preservando o *status quo*. Se percebia, assim, uma “[...] evidente parcialidade nas decisões tomadas, o que inutilizava as leis progressistas que vinham sendo aprovadas pelo legislativo”³¹⁴.

Com isso, a partir dos ideais revolucionários, se mostra uma preocupação em limitar o Poder Judiciário, com o intuito de garantir maior segurança e igualdade nas relações sociais e jurídicas, vinculando-se de forma rígida, assim, os juízes às

³⁰⁹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 42.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ Conforme aduz Luiz Guilherme Marinoni, à época da Revolução fora conferido “[...] o poder de criar o direito apenas ao legislativo. A prestação judicial deveria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 46.)

³¹² LUVIZOTTO, Juliana Cristina. Op. Cit., p. 42.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit., p. 46.

³¹⁴ PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 26.

intenções do parlamento que fora formado democraticamente por representantes de todas as classes, possuindo a competência para editar as leis³¹⁵.

Nesse contexto, os Códigos escritos ganham força sob a perspectiva de “[...] monumentos legais editados com a promessa de completude e coerência. Com eles, os juízes poderiam e eram incentivados a se portar como a simples boca da lei”³¹⁶.

Veja-se, então, que “esse modelo de Estado teve grande influência em todos os países que seguiam a tradição jurídica romano-germânica e por conta disso impregnou-se também no Brasil a noção de que o Juiz não tem poder criativo”³¹⁷. A pretensão inicial de tal sistema de direito pautado nos ideais da Revolução Francesa, enfim, era o de limitar o poder dos juízes dando força à lei, aos códigos, como verdadeiros instrumentos aptos a gerenciar as pretensões humanas e sociais no âmbito jurídico, crendo-se que ali estariam postas todas as respostas e soluções necessárias para os litígios.

Perceba-se, assim, a partir do breve estudo realizado que, ao contrário dos países que adotam uma cultura pautada nos ideais do *common law*, tem-se um sistema de direito cuja lei codificada, ou seja, construída pelo poder legislativo é a sua fonte primária³¹⁸.

Isso demonstra uma clara diferença entre ambos os sistemas aqui abordados. Enquanto o *common law* tem nas decisões judiciais sua base jurídica e fonte primária do direito, restando às leis um papel secundário, nos países de cultura romano-germânica, ao contrário, a lei encontra-se como base primária para a aplicação do Direito, restando às decisões judiciais um papel secundário para a sua aplicação.

Como regra geral, então, os países de tradição no *civil law*, entendem que o papel de criador do Direito pertence ao Poder Legislativo, vedando tal possibilidade aos demais poderes (Executivo e Judiciário)³¹⁹. Afinal, a preocupação deste sistema encontra-se na ideia de garantir segurança (estabilidade) e igualdade aos

³¹⁵ PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 27.

³¹⁶ Ibidem, p. 28.

³¹⁷ ibidem.

³¹⁸ Andréia Costa Vieira demonstra que, em países de cultura do *civil law*, a lei é a fonte primária do Direito, restando à jurisprudência um papel secundário. Adverte a autora, ainda, que outros institutos como os costumes, a doutrina e os princípios gerais do direito, também são fontes do direito que estão, entretanto, em patamar inferior ao da lei. Para aprofundamento sobre o tema, ver: VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2007. p. 62-72.

³¹⁹ OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública brasileira**: limites e possibilidades de aplicação. Salvador: JusPodivim. 2016. p. 45.

jurisdicionados, através da impossibilidade que os juízes apliquem as leis dando interpretações diversas umas das outras. Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza, temas como segurança e certeza jurídica sempre tiveram papel fundamental para a cultura jurídica dos países que adotaram o sistema romano-germânico, atentando, no entanto, para o fato de que nestes países tal proteção se daria ante o respeito aos códigos e as leis que deveriam ser de conhecimento e acesso por parte de todos os cidadãos, preocupando-se com a proteção e manutenção de uma igualdade no sentido formal perante a lei, ou seja, através do entendimento de que garantindo-se a aplicação da lei pelo Juiz, se estariam garantindo tais pressupostos³²⁰.

Isto é, melhor seria garantir a aplicação da lei, conforme posta nos códigos, sem uma necessária preocupação de julgar casos semelhantes de formas semelhantes, mostrando clara divergência com os pressupostos do *common law*, em que haveria uma preocupação maior com um fundamento de igualdade material, ou seja: tratar os casos iguais de forma igual, respeitando as mesmas fundamentações jurídicas³²¹.

Assim, conforme a professora carioca:

é possível verificar, assim, que as duas tradições legais – *civil law* e *common law* – tiveram contextos históricos diferentes, podendo-se destacar a codificação no *civil law* e o *judge-made-law* como as principais diferenças que influenciaram no desenvolvimento históricos destes. Enquanto no sistema de tradição romano-germânica a codificação buscou assegurar a completude do direito e a segurança jurídica limitando-se o papel Poder Judiciário, nos países que adotaram a tradição do *common law* o direito desenvolveu-se junto com as decisões judiciais, os limites dos juízes se deram, assim, não pela existência de um código, mas pela adoção de um sistema de precedentes vinculantes, no qual eles ficavam obrigados a respeitar as decisões anteriores³²².

Veja-se, dessa maneira, a grande divergência existente entre os dois sistemas brevemente referidos: Enquanto para um deles – *common law* - a força motriz do Direito encontra-se na construção judicial, nos precedentes, para o outro – *civil law* – o fundamento do sistema está nos códigos, na lei escrita. Esse modelo de se entender os sistemas jurídicos, em especial o romano-germânico se mantém por grande período de tempo, até que a própria experiência jurídica judicial dos países que

³²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 75.

³²¹ Ibidem.

³²² Ibidem, p. 76.

adotaram essa cultura começou a demonstrar a incompatibilidade de uma teoria da tripartição dos poderes estrita com os novos anseios das sociedades e, principalmente, dos novos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário³²³.

A justificativa para isso fica clara a partir da análise das mudanças de perspectiva do direito e da própria atividade jurisdicional, conforme já delineado no primeiro capítulo da presente pesquisa, em que fenômenos globais como a revolução dos direitos humanos, a partir da segunda metade do século XX e a ideia de uma judicialização da política, impelem o Poder Judiciário de um novo papel, para além de simples aplicador da lei. Mostra-se, a partir deste momento, que compete ao Judiciário, juntamente com os outros poderes do Estado, a aplicação das leis, mas também o seu controle e interpretação na busca pela maior realização e proteção dos direitos humanos e fundamentais, bem como para a garantia da democracia³²⁴.

A partir dessa ótica, então, resta clarividente a insuficiência de se defender um modelo pautado estritamente no respeito à lei, limitando o papel do Juiz a mero declarador de direitos. Percebe-se que o seu papel deve ir para além de tal função, buscando racionalizar e aplicar o direito de forma a garantir os verdadeiros ideais de um Estado de Direito, com especial atenção aos direitos fundamentais. Com isso, torna-se perceptível, inclusive, uma inovação jurídica ao permitir o controle de constitucionalidade das leis pelos juízes, o controle, por assim dizer, dos atos ilegais ou inconstitucionais dos outros poderes. Não é à toa tal verdade que, mesmo no Brasil, se nomeia, comumente, o Supremo Tribunal Federal (STF) como sendo o “guardião da constituição”.

Conforme aponta Willian Pugliese, mostra-se, assim, a verdadeira “utopia” que se é imaginar o ideal de completude dos códigos no sistema romano-germânico³²⁵. Atente-se, todavia, que não se tem por intenção relegar tal sistema, mas apenas demonstrar que a sua construção histórica e clássica sofreu mutações com o decorrer dos tempos, exigindo uma nova leitura de sua estrutura que melhor se coadune com as necessidades da contemporaneidade.

Sendo assim, é exatamente neste ponto que importante peça do presente trabalho toma forma. Explica-se: com tais mudanças de perspectiva, parece certo

³²³ PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 28.

³²⁴ Sobre tal afirmação, ver capítulo 2, primeira parte, do presente texto.

³²⁵ PUGLIESE, Willian. Op. Cit., p. 28.

afirmar que ambos os sistemas aqui referidos começam a se aproximar, vez que se aceita a ideia de que, mesmo em países que adotam o sistema do *civil law*, como é o caso do Brasil, a interpretação judicial também se faz necessária, especialmente para a garantia da segurança jurídica e da igualdade tanto em sua face formal, quanto material, temas que serão objetos de análise abaixo.

Bom exemplo dessa mudança de perspectiva em terras brasileiras é a ideia de controle de constitucionalidade das leis, ao permitir ao juiz brasileiro, mesmo em primeira instância, a possibilidade de negar determinada lei que esteja em desacordo ou confrontando dispositivo constitucional. Além disso, pode o magistrado decidir suprimindo eventual omissão legislativa em face dos direitos fundamentais. Trata-se, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “[...] de um poder de ampla latitude, que faz do juiz brasileiro uma figura que em nada se assemelha ao magistrado da tradição do *civil law*”³²⁶.

Quando se está a pensar em referido controle executado pela Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal – STF), deve-se atentar, ademais, que tal decisão, tomada em controle concentrado de constitucionalidade, tem, se tomadas pelo Plenário da Corte, efeito vinculante em relação a todos os órgãos da Administração do Estado e do Poder Judiciário³²⁷. Veja-se, assim, que no Brasil a figura do Juiz está posta de forma peculiar dentro do próprio sistema, vez que o próprio arcabouço legislativo permite o controle judicial da produção legislativa. Em outras palavras, permite a influência e interpretação do juiz para além da lei posta nos códigos.

Desse modo, pode-se afirmar que “quando o controle de constitucionalidade é deferido ao Supremo Tribunal e à magistratura ordinária, a necessidade de um sistema de precedentes se torna evidente, já que está em jogo a afirmação judicial do significado da Constituição”³²⁸.

A partir dessa afirmação, então, pode-se perceber a importância do Poder Judiciário em um sistema como o Brasileiro, pautado em uma cultura romano-germânica, mas que não exclui o importante papel do juiz na sua formação. Tal percepção pode ser percebida, inclusive, a partir do já discorrido no capítulo 2 da

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 61.

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Ibidem, p. 62.

primeira parte, ao se referenciar que o próprio constituinte originário incumbiu o Poder Judiciário da atividade de guardião do texto constitucional e, especialmente, de prestar proteção contra eventuais violações a direitos.

Se assim o é, integrar ao aparelho jurídico um sistema de precedentes que vincule a atividade jurisdicional e, ainda mais, a atividade administrativa com o intuito primeiro de garantir um cenário de segurança jurídica e igualdade é pressuposto inerente à manutenção da forma de Estado Democrático e de Direito adotado pela Constituição Federal de 1988, em especial no que toca às intenções propostas no presente trabalho, qual seja, a realização e proteção dos direitos fundamentais.

Destarte, impende a partir de agora, analisar a estrutura do sistema de precedentes, a fim de demonstrar a possibilidade e necessidade de sua implementação também em países vinculados à cultura do *civil law*, com a razão de demonstrar que para além das questões dogmáticas, tal implementação vem de encontro com as intenções elencadas no texto constitucional de 1988, especialmente no que toca à matéria dos direitos fundamentais.

A pretensão do até aqui discorrido foi de tornar perceptível a possibilidade de que, mesmo em países influenciados pela cultura romano-germânica, a utilização de uma teoria dos precedentes, da força normativa das decisões judiciais, respeitadas as suas especificidades, possui espaço no cenário jurídico brasileiro. Mostrou-se que o sistema judiciário brasileiro, em determinados casos, notadamente no que se refere às hipóteses inerentes ao controle de constitucionalidade concentrado, exerce função similar aos tribunais do *common law*, exarando decisões que vinculam a todos os poderes e buscam solucionar ilegalidades e omissões legislativas.

Tais pressupostos dão força aos argumentos a respeito da possibilidade de se adotar um sistema de precedentes no modelo jurídico brasileiro. O próprio Código de Processo Civil de 2015 traz em seu texto, conforme restará demonstrado a seguir, a possibilidade, senão a necessidade, de que se construa um aparelho técnico-jurídico inerente à ideia dos precedentes, vinculando a atuação jurisdicional.

Sendo assim, impende, neste momento, analisar a estrutura dos precedentes judiciais, a fim de se buscar entender quais decisões podem efetivamente ser consideradas com essa característica, analisando a sua forma e critérios que permeiam o seu conteúdo.

Ademais, é necessário estudar, também, as características inerentes à possibilidade de se superar (*overruling*) ou deixar de aplicar (*distinguish*) um

precedente quando este não se coaduna com as realidades do cenário jurídico atual ou com as realidades fáticas e jurídicas do caso concreto em análise. Esta construção é importante pois possui o intuito de evitar que se cometa o erro discursivo de acreditar que uma teoria dos precedentes prega que eles, a partir da sua formulação, deveriam ser sempre aplicados a todos os casos similares ao que foi o objeto de sua construção, ou, mais ainda, que a formulação de um precedente o sedimenta no tempo, engessando a atividade jurisdicional presente e futura.

A ideia de precedentes pode ser traduzida a partir do seguinte conceito, elaborado por Sir John Salmond já na década de 20, e trazido por Arthur L. Goodhart, em seu artigo “Determining the Ratio Decidendi of a Case”:

A precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the ratio decidendi. The concrete decision is binding between the parties to it, but it is the abstract ratio decidendi which alone has the force of law as regards the world at large³²⁹.

Em outras palavras, a ideia básica que fecunda o conceito de precedente se refere ao fato de que há uma obrigação dos julgadores e tribunais em tomar decisões iguais as que já foram tomadas anteriormente em casos iguais ou similarmente parecidos³³⁰.

Para começar a se entender, então, a estrutura dos precedentes é importante que se tenha em mente que a sua teoria possui dois conceitos fundamentais básicos inerentes à sua construção. Está-se a falar dos conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, pois é através da sua compreensão que a regra jurídica é extraída das decisões judiciais no *common law*³³¹.

Antes disso, todavia, é importante que se tracem algumas linhas a respeito da doutrina que dá base à discussão a respeito dos precedentes vinculantes, qual seja,

³²⁹ “Um precedente, portanto, é uma decisão judicial que contém em si mesmo um princípio. O princípio subjacente que assim forma seu elemento autoritário é frequentemente denominado *ratio decidendi*. A decisão concreta é vinculativa entre as partes, mas é a *ratio decidendi* em abstrato que sozinha tem a força de lei em relação ao mundo em geral”. (SALMOND, John. *Jurisprudence*, 7 ed., 1924 *apud* GOODHART, Arthur L. *Determining the Ratio Decidendi of a Case*. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, dec. 1930, pp. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. p. 161 - tradução livre).

³³⁰ SCHAUER, Frederick. *Precedent*. May 9, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. p. 2.

³³¹ PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

a doutrina do *stare decisis*. Isso porque, a ideia de uma decisão judicial vinculante, de um precedente, é o resultado do seu uso³³².

Tal teoria prega a ideia de estabelecer certeza ao mundo jurídico³³³, ou seja, garantir segurança e previsibilidade das decisões judiciais. Pode-se dizer, assim, que “a doutrina que estuda o uso dos precedentes se chama *stare decisis*, que é o nome abreviado da doutrina de respeito aos precedentes que se encontra na base dos sistemas jurídicos de *common law* que imperam em países anglo-saxões [...]”³³⁴.

A ideia geral desta doutrina refere-se ao respeito, pelos países do *common law*, às suas decisões anteriores, “[...] ou seja, decisões tomadas previamente por outros tribunais que resolveram um problema semelhante. Porém, a compreensão do sistema originado na Inglaterra exige que se entenda que apenas um precedente constitui direito e gera obrigação”³³⁵.

Isto é, a obrigatoriedade de se respeitar o precedente, considerando a sua carga normativa, pode ser entendido como o ponto central da doutrina do *stare decisis*³³⁶ que em sua nomenclatura completa *stare decisis et non quieta movere*, se traduz na ideia de que a decisão deve ser mantida, não se modificando o que foi decidido anteriormente³³⁷.

Em outras palavras: “a doutrina do *stare decisis* traz a ideia de que os precedentes devem ser seguidos quando, em casos subsequentes, os fatos materiais mais relevantes são os mesmos”³³⁸.

Vale relatar, ademais, que a doutrina do *stare decisis* se subdivide, ainda, em duas vertentes, quais sejam: *i) o stare decisis horizontal; e ii) o stare decisis vertical*³³⁹.

³³² COLE, Charles D. Precedente judicial – a experiência americana. **Revista de processo**, vol. 92, p. 71-86, Out. 1998. p. 71.

³³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 194.

³³⁴ Ibidem, p. 198.

³³⁵ Tradução livre: “[...] es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema seme jante. Sin embargo, la comprensión del sistema originado en Inglaterra requiere entender que *un solo precedente* constituye derecho y genera obligación”. (LEGARRE, Santiago; RIVERA, Júlio César. Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n.1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>>. p. 110).

³³⁶ DONIZZETI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. n. 175. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. p. 6.

³³⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

³³⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. Cit., p. 200.

³³⁹ Considerando os objetivos metodológicos do presente trabalho, não se faz possível um aprofundamento a respeito das características pertencentes as respectivas vertentes. Para aprofundamento a respeito do *stare decisis* vertical e horizontal, ver, dentre outros: SCHAUER, Frederick. **Precedent**. May 9, 2011. Disponível em:

As diferenças entre as duas vertentes se traduzem no fato de que a primeira (horizontal) refere-se a ideia de que os julgadores e tribunais devem manter respeito às suas próprias decisões; ao passo que a segunda (vertical) remete ao pressuposto de que os julgadores e tribunais devem respeitar as decisões proferidas pelos órgãos superiores³⁴⁰.

No Brasil, é possível perceber, ao seu modo, esta ideia quando se está a analisar as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF, vez que vinculam as demais esferas jurisdicionais para com a respectiva decisão.

Deve-se ter em mente, portanto, que ao se falar em precedentes, especificamente na ideia de vinculação das decisões judiciais às decisões anteriormente proferidas, se está a pensar na vinculação para com o núcleo da decisão, isto é, com os argumentos e princípios que de fato ensejaram a tomada de decisão no caso concreto.

Explica-se: ao se formular um precedente, para além dos fatos específicos do caso analisados *in concreto*, são postas ao texto tanto questões persuasivas que levaram à aplicação de determinada decisão, quanto questões definitivas da formulação que levou à construção e definição de determinado direito. Ao se afirmar que existe vinculação das decisões posteriores às decisões anteriores (aos precedentes), se está a analisar o respeito dos julgadores para com a *ratio decidendi* da decisão, ou seja, para com as questões definitivas que influenciaram, de fato, a formulação de determinado precedente.

Assim, pode-se dizer que dentro de um mesmo precedente encontrar-se-ão argumentos inerentes à *ratio decidendi*³⁴¹ – a razão de decidir do caso em concreto; e ao *obiter dictum* – questões expressadas pelos tribunais e julgadores de forma

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 95 e ss.

³⁴⁰ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Júlio César. Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n.1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017. p. 113.

³⁴¹ Vale ressaltar aqui que o termo *ratio decidendi* possui outra nomenclatura no *common law* americano, em que, ao invés de referido termo, a expressão utilizada é *holding*. Todavia, para os fins do presente trabalho, e considerando o apontado por Santiago Lagarre e Júlio César Rivera, a diferença de nomenclatura, não afeta o conteúdo da temática nos moldes que vem sendo abordado. (Ibidem).

incidental ou colateral que não necessariamente fazem diferença para o deslinde do caso posto para decisão³⁴².

Nas palavras de Santiago Legarre e Júlio César Rivera:

[...] somente a *ratio decidendi* dos ingleses e o *holding* dos estadunidenses obrigam; o que é dito *obiter* em uma sentença, não tem força de precedente, carecendo de autoridade. Em outras palavras, somente constituem o 'precedente' as proposições jurídicas enunciadas pelo juiz que são necessárias para a decisão adotada. Os argumentos de *obiter dicta* têm somente valor persuasivo, o qual as vezes pode ter grande importância, dependendo, em parte, da autoridade moral do tribunal que o expresse³⁴³.

Sendo assim, pode-se dizer que os motivos determinantes que levaram à tomada de determinada decisão referem-se à sua *ratio decidendi*, ou seja, é ela que irá dar forma a um precedente vinculante para as próximas decisões³⁴⁴. Nas palavras de Weber Luiz de Oliveira, “*ratio decidendi*, portanto, é o fundamento relevante, o motivo determinante que deu solução ao caso, é a parte do julgado que tem efeito obrigatório”³⁴⁵.

Por sua vez, valendo-se da definição do mesmo autor, “*obiter dictum* é o fundamento adjacente, periférico que, conquanto seja persuasivo, não foi o móvel determinante para o julgamento”³⁴⁶.

Veja-se, portanto, que ao se argumentar sobre a vinculação do julgador a uma decisão anteriormente proferida, um precedente, se está a falar em sua vinculação para com os princípios, os fundamentos nucleares, que levaram à determinação de um direito. Não se nega que, ao formular determinado precedente, o julgador é quem analisará e escolherá os fatos que fazem parte do núcleo da decisão, isto é, a sua

³⁴² LEGARRE, Santiago; RIVERA, Júlio César. Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n.1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>>. p. 121.

³⁴³ “[...] solo la *ratio decidendi* de los ingleses y el *holding* de os estadounidenses obligan; lo dicho *obiter* en una sentencia, en cambio, no tiene fuerza de precedente, carece de autoridad. En otras palabras, solo constituyen “precedente” las proposiciones jurídicas enunciadas por el juez que son necesarias para la decisión adoptada. Los *obiter dicta* tienen tan solo valor persuasivo, aunque este a veces pueda ser grande, dependiendo, en parte, de la autoridad moral del tribunal que los expresse”. (Ibidem, p. 121 - tradução livre).

³⁴⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 217.

³⁴⁵ OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública brasileira**: limites e possibilidades de aplicação. Salvador: JusPodivim. 2016. p. 58.

³⁴⁶ Ibidem, p. 59.

ratio decidendi, demonstrando que, para o caso em específico, não necessariamente todos os fatos apresentados pelas partes devem ser levados em consideração³⁴⁷.

Segundo Arthur L. Goodhart, o primeiro e mais essencial passo para que se encontre o princípio norteador (*ratio decidendi*) de determinado caso refere-se a encontrar quais foram os fatos materiais utilizados pelo julgador para basear a sua conclusão³⁴⁸.

Isso se justifica uma vez que, quando da necessidade de se identificar a qual precedente haverá vinculação, deve-se analisar, necessariamente, a existência de similaridades entre o caso em análise e o caso discutido no precedente anteriormente formulado, sendo somente neste caso – em havendo similitude – que haverá necessidade de vinculação do julgador ao precedente³⁴⁹.

No entanto, conforme aponta Willian Pugliese, para além da similitude dos casos, deve-se procurar um “algo a mais”, isto é, algum fundamento que “[...] permita dizer que quanto e como um caso anterior será realmente um precedente para o caso em análise. É esse algo a mais que costuma ser denominado *ratio decidendi*, que dirá não só o que foi decidido, como também por que se decidiu daquela maneira”³⁵⁰.

Dessa forma, considerando tais premissas, podem existir situações em que não existam precedentes a serem aplicados ao caso em análise, ou que as respostas encontradas por determinados precedentes não se coadunem com as situações fáticas *in concreto* ou, ainda, que os argumentos que embasaram determinado precedente tenham perdido sua fundamentabilidade no tempo e no espaço.

Nestes casos, há a possibilidade, como já brevemente citado linhas acima, de que o julgador, ante a premissa de que não se encontra engessado dentro do próprio sistema jurídico, deixe de aplicar determinado precedente distinguindo as condições fáticas e jurídicas do caso atual para com o núcleo de fundamentação da decisão precedente ou, ainda mais, demonstrando que tal precedente não possui mais aplicação no atual cenário jurídico podendo superá-lo.

Sobre estas questões, a primeira hipótese, então, de se deixar de aplicar determinado precedente refere-se ao *distinguish*, ou seja, a possibilidade de que o

³⁴⁷ PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 82.

³⁴⁸ GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, dec. 1930, pp. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. p. 169.

³⁴⁹ PUGLIESE, Willian. Op. Cit., p. 84.

³⁵⁰ Ibidem.

juiz, através do processo argumentativo, demonstre que o caso concreto em análise possui condições fáticas e jurídicas diversas da *ratio decidendi* do precedente vinculante que deveria ser adotado. Segundo Gustavo Marinho de Carvalho, esta técnica se traduz na possibilidade de “[...] se afastar precedentes em virtude de peculiaridades do caso concreto, que não permitem o seu enquadramento na hipótese de incidência do precedente [...]”³⁵¹.

Tal possibilidade é fundamental para a teoria dos precedentes, especialmente no sistema do *common law*, vez que, considerando que a solução de conflitos se dá, eminentemente, pela análise dos precedentes, insere-se a possibilidade de que determinado precedente tenha sua aplicabilidade afastada na análise do caso em concreto, ante a existência de diferenças importantes entre as condições fáticas postas à mesa. Se está, assim, diante de um exercício de comparação de casos desempenhado pelo intérprete³⁵².

Ao se utilizar da técnica da distinção, portanto, se está a possibilitar uma hipótese de “exceção à regra geral”, vez que os fundamentos utilizados para a construção do precedente vinculante “[...] não são aplicáveis aos fatos específicos do caso a ser decidido, por suas peculiaridades”³⁵³. Afinal, a falta de fatos similares entre o caso posto e determinado precedente permite distingui-los não o aplicando ao novo caso cujos elementos relevantes – que compõe a *ratio decidendi* – são diversos³⁵⁴.

Além desta hipótese de distinção entre o caso precedente e o caso presente, há a possibilidade, ainda, de que determinada decisão vinculante (precedente) seja superada, é a técnica nomeada no sistema do *common law* como *overruling*.

Basicamente, a técnica do *overruling* se refere à possibilidade de que determinado precedente seja afastado, declarando a sua superação quando da

³⁵¹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 70.

³⁵² *Ibidem*, p. 70-71.

³⁵³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>>. p. 185-186.

³⁵⁴ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Júlío César. Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n.1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>>. p. 114.

análise de um novo caso em concreto³⁵⁵. Quando o julgador se utiliza de tal técnica ele está a revogar totalmente o precedente³⁵⁶.

Ela tem por intenção no *common law* “[...] extirpar de seu sistema jurídico precedentes inválidos, obsoletos e ineficazes frente ao desenvolvimento da sociedade”. Trata-se, assim, de uma espécie de revogação judicial do precedente que não possui mais espaço no âmbito jurídico³⁵⁷. Ou seja, “realiza-se o *overruling* quando, independentemente de decisões anteriores que revelem a fragilidade do precedente, percebe-se com nitidez o seu erro e nada justifica a opção pela estabilidade”³⁵⁸.

Por certo, no entanto, para que a aplicação de tais técnicas seja possível, há a exigência de um alto grau de argumentação por parte do julgador, especialmente nos casos de *overruling*, vez que “[...] todos aqueles que irão se submeter ao novo precedente precisam conhecer as razões de fato e de direito que justificaram a superação do precedente anterior”³⁵⁹.

Pois, conforme bem aponta Gustavo Marinho de Carvalho:

É imperioso registrarmos que a superação de um precedente exige do julgador uma alta carga argumentativa. Em outras palavras: *a não observância de um precedente, porque superado, exige amplíssima motivação*, em função da regra do *stare decisis* e dos princípios da isonomia e segurança jurídica. *Isto ocorre porque, a carga de argumentação daquele que deseja ver superado determinado precedente está intimamente relacionada com o seu dever jurídico de respeitar os precedentes*³⁶⁰.

Tais cuidados são importantes uma vez que não se pode esquecer que os fundamentos que dão base a uma teoria sólida dos precedentes estão intimamente

³⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, vol. 172, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_como_objetivos_do_direito_civil.pdf>. p. 7.

³⁵⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>>. p. 188.

³⁵⁷ LEGARRE, Santiago; RIVERA, Júlío César. Naturaleza y dimensiones del ‘*stare decisis*’. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n.1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>>. p. 115.

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 93.

³⁵⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 66.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 65 (grifos no original).

ligados a manutenção da estabilidade e confiança do que é decidido, estabelecido, pelos tribunais³⁶¹.

Veja-se, assim, que utilizar-se da técnica dos precedentes hoje em dia é praticamente “[...] inevitável, ainda que subsistam significantes diferenças no tratamento, formas de uso e vinculação em relação aos precedentes nos ordenamentos jurídicos filiados à diferentes tradições jurídicas”³⁶².

A partir desta premissa e entendendo, portanto, que, invariavelmente, adotar uma teoria dos precedentes tem por condão garantir estabilidade e confiança nas relações jurisdicionais, impende, neste momento, analisar a possibilidade de sua filiação em países norteados pela cultura jurídica do *civil law*, notadamente no Brasil.

Como já visto nas linhas antecessoras, a cultura dos precedentes tem maior factibilidade nos sistemas do *common law*. Isso não impede, todavia, que países influenciados pela cultura romano-germânica se valham de tal técnica no seu aparato jurídico. A justificativa para tal afirmação encontra respaldo no fato de que mesmo nestes países (dos sistemas do *civil law*) a ideia de uma vinculação estrita dos julgadores à lei se revelava uma verdadeira ficção. Afinal, todo o ordenamento jurídico, sejam as constituições, seja o aparato jurídico infraconstitucional possuem em seu corpo conceitos jurídicos indeterminados, vagos e genéricos que exigem a devida interpretação³⁶³. Considerando tal premissa, afirma Juliana Cristina Luvizotto que

a “descoberta” da indeterminação das normas, especialmente no plano constitucional, colocou a preocupação, inclusive de índole filosófica, para a busca de teorias ou mecanismos que evitassem a arbitrariedade do intérprete. Trata-se de busca para evitar a proliferação de decisões contraditórias ou ao sabor da subjetividade do intérprete, o que fez relevante a ideia de adoção de uma técnica de precedentes³⁶⁴.

Pode-se perceber, assim, que somente a vinculação dos órgãos julgadores à lei, sem a possibilidade de interpretação sob a pretensão de garantir maior previsibilidade e segurança jurídica se mostrou insuficiente para dar azo às novas perspectivas do cenário jurídico contemporâneo. Nas palavras de Willian Pugliese

³⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 35.

³⁶² LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 24.

³⁶³ Ibidem, p. 51.

³⁶⁴ Ibidem.

os códigos atuais admitem interpretação, existem microssistemas jurídicos e cláusulas gerais abertas que dão ao juiz um poder antes desconhecido da tradição romano-germânica, pois em sua gênese a função do magistrado era a simples aplicação da lei posta. O ápice das alterações é a possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, que lhes permite negar vigência à lei incompatível com a Constituição³⁶⁵.

Nesse sentido, “em que pese a lei ainda ser considerada como fonte primária do Direito, não é possível conceber um Estado exclusivamente legalista”³⁶⁶. Há, assim, uma mudança de perspectiva interessante: percebe-se que a ideia central do sistema *civil law* – garantir igualdade e segurança jurídica ante a fixação de normas jurídicas gerais prévias – se mostra falha exatamente pelos motivos acima expostos. Isso porque, quanto maior o grau de abstratividade da lei, menor seria a sua clareza para dar determinada resposta a um caso concreto, levando, assim, como consequência direta, a uma maior possibilidade de sua interpretação pelo julgador³⁶⁷, abrindo a possibilidade para o controle judicial das leis e de uma postura mais ativa dos juízes e tribunais, conforme relatado no capítulo 2, primeira parte, da pesquisa.

Somando-se a tal cenário o fator de que hoje

[...] o juiz possui *absoluta e irrestrita* liberdade de interpretar a lei de acordo com sua convicção (=livre convicção motivada), temos a receita completa para que sejam mitigados, no *plano concreto*, os (...) princípios da isonomia – por permitir a aplicação desigual do Direito em situações substancialmente semelhantes, - e da segurança jurídica – pois a aplicação desigual do Direito em casos substancialmente semelhantes aumenta a imprevisibilidade das ações estatais³⁶⁸.

Ou seja, se desconstrói a própria ideia que o sistema romano-germânico buscava mitigar: garantia de um cenário de igualdade e segurança através do respeito estrito às leis. É nesse ponto, então, que a aplicação da teoria dos precedentes no âmbito dos sistemas do *civil law* encontra seu mote, uma vez que possui como fundamentos, também, a manutenção de um cenário de segurança e isonomia, entendendo que a vinculação dos julgadores às decisões judiciais pretéritas garante

³⁶⁵ PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 98.

³⁶⁶ DONIZZETI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. n. 175. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. p. 4.

³⁶⁷ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 74.

³⁶⁸ Ibidem.

tais princípios, da mesma forma que garante os verdadeiros ideais de um Estado Democrático e de Direito³⁶⁹.

Assim, pode-se afirmar que adotar um sistema de precedentes em países vinculados ao sistema do *civil law* tem por razão garantir um cenário de segurança jurídica e igualdade, vez que permite aos cidadãos ter confiança a respeito de como determinada pretensão será decidida, garantindo, conseqüentemente, a estabilidade do âmbito jurídico.

Além disso, por certo, vincular-se a um sistema de precedentes garante também uma maior racionalidade das decisões, permitindo, ademais, que os princípios inerentes à atividade jurisdicional, tais como o da celeridade processual sejam devidamente respeitados.

De forma objetiva, portanto, valer-se de um sistema de precedentes tem como conseqüências diretas garantir e realizar, ao menos, o princípio da igualdade, este traduzido na necessidade de manter um tratamento igual entre todos, execrando as formas de tratamento díspares por parte do Estado. Isto é, todos os cidadãos que se encontrem diante das mesmas situações devem ser tratados de forma igual³⁷⁰; o princípio da segurança jurídica, no sentido de garantir estabilidade das situações jurídicas e, em regra, um futuro previsível³⁷¹, de tal modo a defender a certeza das decisões tomadas pelo Estado, que de acordo com Rafael Valim “[...] significa o seguro conhecimento das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e, assim, realizar plenamente seus desígnios sociais”³⁷². Tais razões são a principal justificativa para adotar a teoria dos precedentes na seara administrativa, como será visto adiante.

Nesse sentido, enfim, torna-se claro que a força normativa de tais princípios³⁷³, dão força à justificativa da utilização de um sistema de decisões

³⁶⁹ Nesse sentido, afirma Juliana Cristina Luvizzoto que “[...] a adoção e seguimento dos precedentes por parte de um Estado que se pretende não arbitrário, coerente e que trate de modo igualitário os cidadãos que a ele estão submetidos, enfim, liga-se à noção de um Estado de Direito” (LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 66).

³⁷⁰ DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. p. 98.

³⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014.

³⁷² VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

³⁷³ Esclarece-se que, considerando o foco principal do presente trabalho tratar-se da figura dos precedentes administrativos, se trabalhará com os princípios inerentes à sua construção no capítulo seguinte da presente pesquisa. Momento em que se retomará a discussão a respeito dos princípios

vinculativas, de precedentes, nos países que adotam o sistema do *civil law*, dos quais o Brasil faz parte. Tanto é verdade tal assertiva que no ano de 2015 fora editado o novo Código de Processo Civil brasileiro que trouxe em seu texto importantes dispositivos que fazem referência ao sistema de precedentes e sobre a necessidade de que a atividade jurisdicional, a partir de então, se valha de tal teoria quando da aplicação das normas no processo decisório. Dessa forma, impende, mesmo que de forma breve, traçar alguns apontamentos a respeito das mudanças de perspectivas trazidas pelo novo documento legislativo, demonstrando que o próprio legislador entendeu pela necessidade de se adotar os pressupostos de uma teoria dos precedentes em terras nacionais³⁷⁴.

O novo Código de Processo Civil trouxe consigo inovações para o âmbito jurídico nacional, especialmente, sobre a ideia da utilização de um sistema de precedentes. O artigo 489³⁷⁵ ao dispor sobre os elementos essenciais da sentença, elenca já no seu parágrafo 1º³⁷⁶ que as decisões judiciais sejam elas sentenças, acórdãos ou decisões interlocutórias não serão consideradas fundamentadas quando somente indicarem ou reproduzirem, mesmo que parafraseando, ato normativo, sem relacionar necessariamente com a causa que está sendo analisada para julgamento (inciso I); não serão consideradas fundamentadas, ainda, quando aplicarem conceitos jurídicos indeterminados, deixando de prestar as devidas explicações e suas relações para com o caso concreto (inciso II); bem como quando invocar motivos genéricos que

inerentes ao modelo de Estado Democrático e de Direito, especialmente sobre o viés da Administração Pública e de seu Regime Jurídico Administrativo.

³⁷⁴ Vale fazer, aqui, uma ressalva. A análise a respeito dos dispositivos legais do novo Código de Processo Civil tem por razão tão somente demonstrar a mudança de perspectiva no cenário jurídico nacional, demonstrando que mesmo no Brasil, país cuja cultura jurídica encontra-se pautada no sistema do *civil law*, se mostrou importante a adoção de uma teoria dos precedentes. Não é intuito do presente trabalho, no entanto, esgotar o tema ou realizar uma análise processual a respeito dos dispositivos constantes do código.

³⁷⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

³⁷⁶ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

serviriam de fundamentação para qualquer tipo de decisão (inciso III); ainda mais, deve, necessariamente, o julgador enfrentar todos os argumentos constantes no processo que seriam capazes, ao menos em tese, de permitir o encontro de sua decisão (inciso IV); mais ainda, a decisão judicial será desconsiderada quando o julgador “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inciso V); e, por fim, quando “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (inciso VI).

Perceba-se que notadamente nos incisos V e VI do parágrafo primeiro o termo “precedente” aparece diretamente no texto legislativo, demonstrando a sua importância para a fundamentação das decisões, obrigando o julgador a identificar os fundamentos determinantes que o levaram à escolha daquele precedente como razão para decidir.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “é importante notar que o inc. V do §1.º do art. 489 fala expressamente em ‘fundamentos determinantes’, aludindo a significado próprio da teoria dos precedentes”, devendo-se rememorar que tais fundamentos são os responsáveis pela determinação do resultado ou conclusão do caso sob análise do julgador. São, segundo o mesmo autor, “[...] os motivos essenciais ou, em outros termos, a *ratio decidendi*”³⁷⁷.

Ademais, veja-se que no inciso VI fala-se a respeito do não seguimento pelo julgador dos enunciados, jurisprudências ou precedentes invocados pela parte no processo, deixando clara a necessidade de que efetivamente se demonstre a distinção do caso concreto para com o precedente invocado ou, ainda, a superação deste entendimento. Mostra-se clara, aqui, a proximidade de tal fundamentação para com as técnicas do *common law*, já vistas neste trabalho, a respeito do *distinguish*³⁷⁸ e *overruling*.

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 338.

³⁷⁸ Para aprofundamento a respeito da utilização da técnica do *distinguish* à luz do novo Código de Processo Civil, ver, dentre outros: NUNES, Darlei; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguish* no CPC/15: Uma breve intridução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

Todavia, deve-se tomar certo cuidado quando da aplicação da técnica da superação, isso porque juízes e tribunais não detêm a competência para revogar um precedente da Corte Suprema do país. Há a possibilidade, no entanto, de se utilizar da distinção, demonstrando que a questão a ser dirimida no caso concreto não pode ser encontrada nos fundamentos determinantes do precedente. Para isso, deverá o julgador ou tribunal se utilizar de uma alta carga argumentativa apta a demonstrar que o precedente não é apto a resolver o caso sob análise³⁷⁹.

No que toca à afirmação de que não cabe aos juízes e tribunais superarem os precedentes da Corte Suprema, tal sistemática encontra sua fundamentação no próprio texto legislativo ao aludir o que vem a ser um precedente no cenário jurídico brasileiro. O texto constante do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, elenca quais decisões deverão necessariamente ser observadas pelos juízes e tribunais. Antes disso, todavia, já no artigo 926 determina-se que os aos tribunais compete “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, deixando expresso no §2º do mesmo artigo que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação”. Veja-se, novamente, que se vincula a atividade jurisdicional às razões que deram forma ao precedente.

A respeito do artigo 927, por sua vez, o legislador teve cuidado ao determinar quais serão as decisões cuja força motriz vincula os demais órgãos jurisdicionais. Veja-se o disposto em referido artigo:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O dispositivo supramencionado, ao contrário dos demais já citados, não aduz expressamente o vocábulo “precedente” em seu texto. No entanto, da sua leitura

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 340.

pode-se perceber quais são as possibilidades jurídicas que vinculam necessariamente a atividade jurisdicional, justificando, inclusive, a afirmação antes feita de que juízes e tribunais não detêm competência para superar precedentes da Corte Suprema³⁸⁰.

De acordo com o afirmado por Willian Pugliese ao analisar o artigo 927:

juízes e Tribunais devem observar não apenas os dispositivos de acórdãos do Supremo Tribunal Federal em ações diretas de constitucionalidade e as súmulas vinculantes, como previa a Constituição, mas todas as decisões em controle concentrado; os acórdãos em incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas e de julgamento de recurso especial e extraordinário repetitivos; os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal (não editadas nos moldes do art. 103-A da Constituição Federal) e do Superior Tribunal de Justiça; e orientações do plenário e órgão especial a que estiverem vinculados os respectivos juízes³⁸¹.

Sendo assim, torna-se possível extrair da interpretação dos dispositivos aqui citados que a ideia de uma teoria dos precedentes vem ganhando espaço no Brasil, país cuja filiação se deu à cultura do *civil law*. É certo, entretanto, que a construção da ideia de precedentes no sistema jurídico nacional não é idêntica à cultura dos precedentes dos países influenciados pelo *common law*. Tem-se, aqui, a defesa de Weber Luiz de Oliveira de que a teoria dos precedentes no Brasil é relacionada com a ideia de uma técnica de julgamento que busca a uniformização do entendimento jurisdicional, de tal sorte que para o autor “[...] se entende o conceito brasileiro de precedentes como técnica de julgamento, porque há fixação do modo de agir da magistratura”, técnica essa, importante frisar, entendida como o respeito aos precedentes³⁸².

Tal premissa objetiva a realização e proteção dos princípios da segurança jurídica e igualdade, bem como a coerência do ordenamento jurídico como um todo, a previsibilidade e estabilidade do cenário jurisdicional³⁸³.

Pode-se dizer, assim, que a mudança de perspectiva trazida pelo novo Código de Processo Civil indica um novo caminho para a teoria jurisdicional brasileira. A partir da leitura dos dispositivos aqui mencionados, em especial em face do artigo 489, §1º,

³⁸⁰ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “[...] a norma do art. 927 consiste apenas na lembrança de alguns precedentes, além das súmulas e controversas decisões tomadas em incidentes de natureza *erga omnes*, que deverão ser observados pelos juízes e tribunais” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed., rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016. p. 288).

³⁸¹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 94.

³⁸² OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública brasileira: limites e possibilidades de aplicação**. Salvador: JusPodivim. 2016. p. 64.

³⁸³ *Ibidem*.

percebe-se que o legislador se preocupou em adotar a figura dos precedentes no cenário jurídico brasileiro, a fim de buscar maior racionalidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, promover estabilidade e confiança no que se refere à atividade jurisdicional.

Se assim o é, portanto, entender que a utilização dos precedentes no cenário jurídico brasileiro pode vir a ser passo importante para a realização de direitos, bem como para a garantia dos princípios constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que se refere a concretização da isonomia e segurança jurídica, é ponto nevrálgico do presente texto.

Entender, ademais, que a vinculação dos julgadores às decisões anteriormente proferidas busca garantir um cenário de estabilidade e confiança e não engessa, necessariamente, a atividade jurisdicional também é ponto chave no presente trabalho. Isso porque leva conseqüentemente a outra questão tão importante quanto às já discorridas até aqui, qual seja, da importância da argumentação do intérprete no momento de formulação e aplicação ou não aplicação de determinado precedente.

Destarte, o importante a ser extraído do presente capítulo refere-se a algumas proposições importantes, quais sejam: *a)* entender que a ideia de precedentes se refere à vinculação das decisões posteriores às decisões anteriores, especificamente no que toca às razões de decidir; *b)* que adotar uma teoria dos precedentes tem como foco principal a proteção e realização de princípios como o da igualdade e segurança jurídica, gerando um ambiente estável e confiável, pressupostos de um Estado de Direito; *c)* ao adotar os precedentes como forma de decidir, deve-se atentar, também, para o fato de que não há um engessamento do julgador dentro do próprio sistema. A própria teoria dos precedentes traz consigo técnicas que possibilitam a não aplicabilidade de determinada decisão vinculativa; *d)* a construção de uma decisão com força vinculante exige uma alta carga argumentativa por parte de quem a formulará, percorrendo todas as questões fáticas e jurídicas importantes para o deslinde do caso em análise.

Desse modo, considerando especificamente a importância da argumentação para a construção de um precedente e, ainda mais, que o foco do presente trabalho refere-se à utilização dos precedentes pela administração pública (precedentes administrativos) como instrumento para a realização dos direitos fundamentais de forma equânime, justa e segura, importa, no próximo tópico, trazer uma proposta de

racionalização do processo argumentativo por parte do intérprete que formulará ou deixará de aplicar determinado precedente. Assim, toma-se como objeto a partir de agora, demonstrar, através da teoria de Robert Alexy, uma possibilidade de caminho a ser seguido pelo intérprete jurídico que tenha como resultado, ao menos em tese, a melhor decisão possível dentro do caso concreto envolvendo questões inerentes aos direitos fundamentais.

Após tais proposições, como ponto final da presente pesquisa, pretende-se analisar a figura dos precedentes no âmbito administrativo, notadamente no que se refere à realização dos direitos fundamentais, intencionando chegar à conclusão de que se valer dos precedentes administrativos como instrumento para racionalizar as decisões estatais em matéria de direitos fundamentais é uma proposta coerente para com o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, para com o regime jurídico administrativo implementado pela Constituição Federal de 1988.

1.2 ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E A CONSTRUÇÃO DO PRECEDENTE A PARTIR DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

Conforme antes relatado, para a construção de uma decisão vinculante, que possa ser considerada efetivamente como um precedente, a argumentação por parte do aplicador do Direito é importante para a demonstração de sua respectiva racionalidade. Esta afirmação se torna ainda mais importante quando se entende que, conforme já visto no primeiro capítulo na primeira parte do presente trabalho, a ciência jurídica moderna é construída para além das regras, também por princípios.

Nesse panorama, a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito e do surgimento das Constituições contemporâneas e com elas da positivação dos direitos fundamentais, a aplicação das normas jurídicas exige que se encontrem novas teorias e mecanismos que permitam garantir os ideais de um Estado de Direito, especialmente no que se refere à consagração e proteção da fundamentabilidade dos direitos e dos princípios constitucionais.

Assim, pretende-se, a partir de agora, lançar mão sobre as ideias de uma teoria do direito que busca alcançar tais fins, qual seja: a construção de decisões jurídicas racionais através um processo de argumentação jurídica coerente. Tal teoria refere-se à construída pelo autor alemão Robert Alexy a respeito de uma teoria dos princípios moderna.

Através das ideias construídas por Robert Alexy tem-se por intenção trazer à baila que, a partir da noção de um modelo jurídico composto tanto por princípios, quanto por regras, valer-se de processos argumentativos coerentes é peça chave para a construção de decisões jurídicas racionais que buscam encontrar a melhor solução possível para os casos concretos colocados em jogo.

Pois bem. Já nas primeiras linhas do presente trabalho fora demonstrado que, especialmente a partir da metade do século XX, o Direito como um todo sofreu mudanças em sua estrutura não se concebendo mais a existência de um modelo exclusivamente pautado em regras escritas e postas nos textos jurídicos. Houve uma mudança de perspectiva, colocando-se os princípios jurídicos também como peças importantes de todo o sistema. A partir dessa concepção, os estudiosos das ciências jurídicas³⁸⁴ lançam mão de teorias que buscam dar azo às novas necessidades do cenário jurídico. Busca-se, a partir de então, entender a estrutura dos princípios, sua aplicabilidade para os casos práticos, bem como a sua definição.

Mostra-se patente a necessidade de se distinguir entre as categorias utilizadas pelo aplicador do Direito, pois a própria transformação dos textos normativos em normas jurídicas torna-se dependente, por força do novo modelo jurídico, das construções de conteúdo e sentido formuladas pelo intérprete constitucional. É nesse sentido que afirma Humberto Ávila que

A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. É justamente por isso que cresce em importância a distinção entre as categorias que o aplicador do Direito utiliza. O uso desmensurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito³⁸⁵.

É a partir dessas premissas que se passa à análise da teoria construída por Robert Alexy. Isso porque acredita-se que, sem desmerecer as demais teorias do direito que se debruçam sobre o tema, a teoria dos princípios do autor alemão bem distingue as categorias jurídicas existentes – notadamente princípios e regras – e vale-

³⁸⁴ Como é exemplo, também, Ronald Dworkin. Sobre o tema, ver: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Beira. 3 ed. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

³⁸⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. rev. atual. Malheiros. São Paulo. 2015. p. 44.

se da construção de um método para a resolução de colisões entre princípios racional e bem delineado que permite demonstrar, especialmente para as conclusões que se pretendem alcançar com o presente trabalho, os caminhos tomados pelo aplicador do direito quando de determinada decisão, demonstrando sua racionalidade e coerência e, conseqüentemente, dando força para a construção dos precedentes.

Sendo assim, impende, primeiro, analisar a diferença entre as categorias de regras e princípios pra Robert Alexy, a fim de se demonstrar qual o modelo jurídico existente atualmente a partir de sua concepção.

Inicialmente vale ressaltar que para o autor alemão tanto os princípios quanto as regras devem ser englobadas no sentido de norma, pois ambos intendem a dizer algo que deve ser. Ambas as categorias normativas “[...] são (...) razões para juízos concretos de dever-ser [...]”, ainda que de espécies diferentes³⁸⁶.

Assim, pode-se dizer que princípios e regras são categorias normativas que possuem diferenças importantes de conteúdo de caráter qualitativo, de sorte que utilizar-se de determinados critérios para distingui-los é passo importante para a sua definição³⁸⁷. Sendo assim, Robert Alexy alerta para a importância de se utilizar do critério da generalidade quando se está a tratar a respeito da diferenciação e definição de regras e princípios. Segundo o autor, tal critério permite demonstrar que “[...] princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”³⁸⁸.

Desse modo, torna-se possível definir os princípios como *mandamentos de otimização*, ou seja, normas jurídicas que determinam que algo seja realizado, considerando as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, na melhor medida possível³⁸⁹. São normas que não contém em sua estrutura mandamentos definitivos, mas apenas determinações de caráter *prima facie*³⁹⁰.

De outro norte, as regras estariam englobadas no conceito de norma como categorias jurídicas que são sempre satisfeitas ou não, ou seja, em sendo uma regra válida, deve-se necessariamente fazer aquilo que ela dispõe e exige. Nas palavras do

³⁸⁶ Segundo o autor, “toda norma ou é uma regra ou um princípio”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 87.

³⁸⁷ Ibidem, p. 90.

³⁸⁸ Ibidem, p. 87.

³⁸⁹ Ibidem, p. 90.

³⁹⁰ Ibidem, p. 104.

autor, “regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”³⁹¹.

Todavia, tais distinções merecem aprofundamento, a fim de que se possa entender a devida importância destas definições, especialmente para a seara dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, para a formulação dos precedentes. Isso se justifica uma vez que tratar a respeito das diferenciações entre princípios e regras se torna mais evidente e importante quando há uma colisão, entre princípios, ou um conflito, entre regras, no momento de sua aplicação. Explica-se: quando da solução de determinado caso concreto mais de um princípio pode ser colocado em jogo levando a resultados finais diferentes e inconciliáveis, dependendo da aplicação dada. O mesmo pode também acontecer com as regras. Ou seja, quando da colisão entre princípios ou conflito entre regras, em se aplicando ambos de formas isoladas, existirão “[...] dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios”³⁹².

É nesse ponto que a distinção entre regras e princípios ganha maior peso, pois as formas para solução de seus conflitos e colisões são em muito diferentes. No caso das regras, partindo-se do pressuposto de que uma regra ou é considerada válida ou não é, o conflito entre duas regras pode tão somente ser solucionado no caso em que se introduza uma cláusula de exceção no próprio texto normativo que tenha a capacidade de eliminar o conflito³⁹³.

Nos casos em que não exista uma cláusula de exceção posta que justifique a não aplicação de determinada norma, uma das regras conflitantes deverá necessariamente ser considerada inválida e extirpada do sistema jurídico. Se tem, assim, nesses casos, uma decisão sobre a validade ou não de determinada regra³⁹⁴.

Por outro lado, essa lógica não se aplica aos casos em que há uma colisão entre princípios, vez que, diferente das regras que operam no âmbito da validade, os princípios jurídicos operam na dimensão do peso, ou seja, em determinado caso

³⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 91.

³⁹² Ibidem, p. 92.

³⁹³ Ibidem. Um bom exemplo de uma cláusula de exceção é a referente a legítima defesa. Matar alguém é proibido, caracterizando o crime de homicídio e levando a cominação de determinada sanção. Há uma regra exposta no ordenamento jurídico que determina tal consequência. Todavia, tal regra pode deixar de ser aplicada nos casos em que o homicídio se deu ante a necessidade de uma legítima defesa, isto é, sob a necessidade de que determinado sujeito teve de se proteger de um terceiro que tentava lhe matar e, para defender sua vida, acabou tirando a vida do agressor.

³⁹⁴ Ibidem, p. 93.

concreto mais de um princípio pode ser aplicado e utilizado como fundamentação sem que perca a sua validade e importância para o ordenamento jurídico³⁹⁵.

Conforme aponta Robert Alexy, na colisão entre dois princípios em determinado caso concreto invariavelmente um deverá ceder em face do outro, sem que isso signifique que o princípio cedente deva ser considerado inválido ou nele ser introduzido uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, para o caso concreto analisado, um princípio terá, necessariamente, precedência sobre o outro, consideradas as condições específicas postas à mesa³⁹⁶.

A questão que merece ser refletida, então, passa a ser em como se proceder quando da colisão entre dois princípios e da respectiva necessidade de escolha a respeito de qual princípio irá prevalecer sobre o outro no caso concreto. Robert Alexy oferece uma resposta para tanto buscando acrescentar à sua teoria critérios objetivos que permitam encontrar qual o princípio mais adequado a ser aplicado no caso concreto. Tais critérios objetivos, por sua vez, são fruto da nomeada pelo autor máxima da proporcionalidade.

Assim, parte-se para a defesa de que em determinado caso no qual dois princípios colidam, necessariamente deve-se, a partir da máxima da proporcionalidade, encontrar qual princípio possui uma precedência condicionada entre os demais princípios postos em exame, a partir da análise das circunstâncias específicas do caso concreto. Ou seja, busca-se, no caso concreto, qual o princípio que possui o maior peso para que se possa encontrar a melhor decisão possível ao final, garantindo a maior realização e proteção dos direitos fundamentais³⁹⁷.

Veja-se, assim, que se torna importante fixar quais as circunstâncias fáticas e jurídicas que levarão determinado princípio a ter uma precedência condicionada sobre os demais princípios no caso concreto. Fixadas tais circunstâncias e encontrado o precedente condicionado do caso em análise, então, se estará diante da nomeada por Alexy Lei de Colisão³⁹⁸.

Exemplo interessante trazido por Roberto Alexy é o caso *Lebach*³⁹⁹, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, no qual os juízes constitucionais

³⁹⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 93.

³⁹⁶ Ibidem, p. 93.

³⁹⁷ Ibidem, p. 96-97.

³⁹⁸ Ibidem, p. 94 e ss.

³⁹⁹ o caso "*Lebach*", refere-se ao processo em que, em síntese, um criminoso próximo a ser liberado ajuíza reclamação constitucional a fim de impedir que as informações a respeito do crime por ele

valeram-se de critérios objetivos – máxima da proporcionalidade – para a solução de um caso concreto em que princípios constitucionais colidiram e houve, assim, a necessidade de se fixar a precedência condicionada de um sob o outro.

Perceba-se, enfim, que o manejo da proporcionalidade gera como resultado a “Lei de Colisão”, um dos fundamentos da teoria dos princípios de Alexy. Dita lei “[...] reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são qualificáveis”⁴⁰⁰.

Ou seja, há uma relação de tensão entre os princípios, vez que não há uma possibilidade de se resolver a colisão por meio da precedência absoluta de um deles, pois, afinal, princípios não são hierarquicamente superiores uns para com os outros. Desse modo, quando há colisão entre princípios, ou nas palavras de Alexy, conflitos de interesses, esses devem ser resolvidos “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes”⁴⁰¹.

Para Alexy, o objetivo do sopesamento é definir, então, qual desses interesses conflitantes que, abstratamente se encontram no mesmo nível, terá maior peso, maior relevância no caso concreto. Ou seja, a resposta se dá a partir da análise do caso concreto⁴⁰².

Para essa análise, então, e para a possibilidade de atingimento de uma resposta satisfatória, é necessário que o intérprete se valha da máxima da proporcionalidade que, segundo Alexy, possui conexão estreita com a Teoria dos Princípios. Isso quer dizer, de acordo com o autor alemão que

O papel mais importante da teoria dos princípios é desempenhado no âmbito dos direitos fundamentais. O motivo mais importante para tanto é a relação de implicação recíproca existente entre o caráter de princípio e a máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade e as suas três submáximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito seguem-se logicamente da natureza de princípio e este daquela. Isso significa, então, que, se os direitos fundamentais têm a

cometido – detalhes do crime, seu nome e foto – fossem divulgados pela mídia. Nesse caso específico houve uma colisão entre a norma de proteção da personalidade e a norma de liberdade de informar, ambas esculpidas na Constituição alemã. O Tribunal Federal teve que se utilizar, nesse caso, do sopesamento das normas constitucionais, a fim de declarar qual norma deveria ser aplicada em face do caso concreto. Entendeu-se, diante dessa situação, após análise dos fatos e dos valores constitucionais das normas, que a proteção à personalidade do autor da ação deveria imperar (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 99-101).

⁴⁰⁰ Ibidem, p. 99.

⁴⁰¹ Ibidem, p. 95.

⁴⁰² Ibidem, p. 95.

natureza de princípios, a máxima da proporcionalidade é válida e que, se a máxima da proporcionalidade é válida, os direitos fundamentais têm a natureza de princípios⁴⁰³.

Considerando o até aqui descrito, algumas conclusões tornam-se importantes para o desfecho da pesquisa: a primeira conclusão se liga à questão de que, em se vinculando a ideia de que o sistema jurídico engloba tanto princípios quanto regras em sua estrutura, deve-se necessariamente se descartar as teorias jurídicas que defendem a possibilidade de modelos tão somente compostos por regras ou tão somente compostos por princípios. Essa é, inclusive, a percepção de Robert Alexy ao afirmar que essas duas formas puras e antagônicas – modelos estritos de regras ou princípios - não são aceitáveis, há a necessidade de que se encontre um modelo misto que albergue ambas as categorias⁴⁰⁴. Como segunda conclusão importante, é necessário que se perceba que, em se aceitando um modelo de regras e princípios, os direitos fundamentais, considerando que possuem, invariavelmente um caráter abrangente, vez que podem ser realizados em medidas e pesos diferentes através da análise do caso concreto, sem que, com isso, tornem-se inválidos no mundo jurídico, são constituídos, ao menos *prima facie*, de uma estrutura de princípios. Por fim, como terceira conclusão, então, deve-se entender que, em possuindo os direitos fundamentais características que os alocam na categoria dos princípios, encontrar métodos e instrumentos aptos a solucionar as colisões que venham a existir entre eles é tarefa importante do operador jurídico, de sorte que se valer da Lei de Colisão e da ideia de sopesamento através da máxima da proporcionalidade torna-se ponto nevrálgico para o encontro da “decisão ótima” para o caso concreto posto em análise.

Tais percepções são importantes uma vez que encontrar a melhor resposta possível para o caso concreto quando de uma colisão de direitos fundamentais – princípios – valendo-se da máxima da proporcionalidade tem por condão encontrar a racionalização da decisão que levou à tal conclusão⁴⁰⁵. Ainda mais, aplicar a máxima

⁴⁰³ ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. In: **Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie**, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009b. Tradução de Fernando Leal. p. 26.

⁴⁰⁴ Para aprofundamento a respeito do modelo misto (modelo de regras e princípios), ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 135 e ss.

⁴⁰⁵ Sobre a máxima da proporcionalidade e suas três submáximas, ver, também: ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison**. Ratio Juris, vol. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

da proporcionalidade para tal desiderato permite clarificar quais foram os caminhos seguidos pelo intérprete jurídico, mostrando as razões argumentativas utilizadas.

Sendo assim, diz-se que em aplicando-se a máxima da proporcionalidade, exatamente a partir do resultado da colisão entre os princípios é que a lei de colisão vem à baila, sendo desse processo que há a definição de qual princípio colidente, no caso concreto, irá prevalecer sobre o outro. Desse processo é que nasce, enfim, o chamado precedente condicionado que “[...] torna-se uma regra que se projetará para os demais casos. É nesse ponto que a ideia de sopesamento assume um papel especial: em um conflito de princípios, o sopesamento, através do princípio da proporcionalidade, permite criar critérios para a definição dos precedentes condicionados”⁴⁰⁶.

O sopesamento, então,

[...] mediante a proporcionalidade tende a criar critérios para determinar, num caso concreto, como um princípio prevalece sobre outros e em quais condições. Trata-se, logo, de um modelo que permite decisões adequadas a cada caso concreto, mas a partir de uma racionalidade argumentativa definida por critérios. Neste modelo há o pressuposto de que normas são diferentes de preceitos ou enunciados linguísticos. A norma não está dada previamente pelo legislador, mas é construída em cada caso concreto⁴⁰⁷.

Veja-se, assim, que “[...] os princípios não podem ser vistos de modo isolado, pois a aplicação da regra se dá através deles. Há que se promover no caso concreto uma ligação entre essas duas esferas, pois é razoável a aplicação dos princípios sem isolar as regras”⁴⁰⁸.

O que se deve tirar de mais importante do explanado até aqui é que a ideia do sopesamento, da máxima da proporcionalidade para a aplicação dos princípios tem por razão o desenvolvimento de uma teoria argumentativa e metodológica que busque garantir decisões racionais e controláveis, ou seja, decisões que não fujam dos caminhos a serem seguidos e garantam a proteção dos direitos fundamentais da melhor maneira possível⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ SCHIER, Paulo Ricardo; FERREIRA, Priscila Andreeti. A teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista. In: **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. vol. 7. n. 1. 2014. p. 10.

⁴⁰⁷ Ibidem, p. 11.

⁴⁰⁸ Ibidem, p. 13.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 14.

Isso mostra o papel importante da argumentação por parte do intérprete jurídico para se alcançar o melhor resultado possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Pois, do resultado final da aplicação da máxima da proporcionalidade quando da colisão de dois princípios se dará origem a uma regra que deverá ser aplicada àquele caso concreto, bem como aos demais casos concretos que possuam as mesmas condições fáticas e jurídicas antes analisadas. Está-se diante do chamado “precedente condicionado”, nos termos de Robert Alexy.

Para que se possa tomar uma decisão diferente da anteriormente obtida, quando os princípios colidentes e o caso concreto forem similares entre o caso precedente e o atual, o aplicador do direito deve assumir um alto ônus argumentativo, pautando-se nos princípios de direitos fundamentais, para afastar a decisão passada. Isso porque, “[...] o juiz cível está *prima facie* vinculado ao direito civil vigente, na forma das leis, de precedentes e da dogmática comumente aceita”⁴¹⁰. Perceba-se a proximidade desta afirmação com as técnicas mencionadas no capítulo anterior para superação (*overruling*) e distinção (*distinguish*) dos precedentes no âmbito do processo civil, que exigem um alto grau de argumentação por parte do julgador para aplica-las⁴¹¹.

Há, portanto, uma vinculação dos aplicadores do direito aos precedentes anteriormente formulados. Isso porque o próprio uso dos precedentes se mostra como um procedimento de argumentação para o alcance de decisões racionais, pressupondo-se que, quando de sua formulação, não se deixaram de lado argumentos adicionais que poderiam ajudar na decisão, inclusive os de cunho prático geral⁴¹². Aqui encontra-se, inclusive, a justificativa para adotar Robert Alexy como um dos marcos teóricos da presente pesquisa.

Afinal, a partir de suas ideias é possível compreender que o uso dos precedentes busca garantir a estabilidade em um Estado de Direito, trazendo, também, “[...] contribuição à segurança jurídica e à proteção da confiança na aplicação do Direito”⁴¹³.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017. p. 541.

⁴¹¹ Sobre tal afirmação, ver: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 262 e ss.

⁴¹² Ibidem, p. 263.

⁴¹³ Ibidem, p. 261.

Por certo, todavia, como bem aponta Alexy, nunca existirão dois casos exatamente iguais postos à mesa, de sorte que a argumentação jurídica ganha aí outro papel fundamental, vez que o que caracterizará a aplicação ou não da decisão vinculante anterior se relacionará com a determinação da relevância dessas diferenças⁴¹⁴.

Portanto, pode-se perceber que a teoria construída por Robert Alexy se coaduna com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito, especialmente no que se refere à manutenção da estabilidade, confiança e segurança das relações jurídicas. Ainda mais, o uso de sua teoria, notadamente através da Lei de Colisão e da Máxima da proporcionalidade, permite a construção de decisões jurídicas fortes, concisas e formuladas através de uma alta carga argumentativa que buscou encontrar a melhor decisão possível para o caso concreto.

Este modelo teórico-jurídico relaciona-se intimamente com a utilização de uma teoria dos precedentes: a uma porque permite a construção de decisões jurídicas coerentes e racionais que vinculam a atividade jurisdicional seja qual for o órgão de poder a encontrar o melhor resultado possível dentro das condições fáticas e jurídicas colocadas em pauta; a duas porque exige que o aplicador jurídico se valha de uma alta carga argumentativa para que deixe de aplicar determinada disposição legal anteriormente decidida sobre determinado caso e, assim sendo, garante estabilidade, igualdade e segurança às relações jurídicas, pressupostos inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Afinal, deve-se compreender um modelo de Estado de Direito como aquele que se reveste de instrumento para garantir a “[...] justiça, racionalidade, proteção contra o arbítrio e as instabilidades”. Conforme aduz Clèmerson Merlin Clève, “não se trata de um Estado sob regime de leis mas, sim, de um Estado sob o Direito com o fim de proteção e realização de certos bens, valores e direitos fundamentais”⁴¹⁵.

Além disso, é certo, conforme novamente acentua Clèmerson Merlin Clève que

[...] se o Estado de Direito busca, entre diversos desdobramentos, assegurar a racionalidade da atuação estatal a partir de padrões de justiça e ação pré-estabelecidos, evitando que os cidadãos fiquem à mercê de um poder

⁴¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 260.

⁴¹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Crédito-prêmio de IPI**: estudos e pareceres. Barueri: Manole. 2005. p. 129.

arbitrário despido de limites, aí, certamente, segue uma carga implícita de compromisso com a calculabilidade, estabilidade das relações sociais e jurídicas, previsibilidade e confiabilidade que se manifestam através da segurança jurídica⁴¹⁶.

Ou seja, a segurança jurídica pode ser entendida como um elo estruturante do próprio Estado de Direito⁴¹⁷, pois pautada em noções como de confiabilidade, certeza e previsibilidade; ainda mais, considerando a sua confluência para com várias normas jurídicas, tais como a legalidade administrativa, irretroatividade das leis, proibição de arbitrariedades, entre outros, permite, como um instrumento, proteger e realizar a própria ideia de Justiça Social⁴¹⁸.

Veja-se, assim, que se valer de técnicas jurídicas que busquem garantir decisões mais racionais, através de processos argumentativos coerentes liga-se intimamente com a noção de segurança jurídica, pressuposto basilar de um Estado de Direito. Aplicar a teoria de Robert Alexy, nos tópicos aqui brevemente expostos, permite este cenário, vez que exige quando de uma colisão de princípios fundamentais, que o intérprete jurídico se valha de toda a argumentação possível, levando em conta todas as situações fáticas e jurídicas importantes, para buscar a “decisão ótima”.

Não se nega, ademais, o fato de que “[...] a atividade da ponderação sempre haverá de ser cautelosa, não deverá se estabelecer sobre pautas predefinidas de valores e jamais deverá ser realizada sem o devido manejo de todas as circunstâncias e contexto do caso concreto”⁴¹⁹, o que mostra ainda mais a sua ligação com a manutenção de um cenário de segurança e confiança social.

E é exatamente isto que uma teoria dos precedentes busca atingir: garantir decisões racionais, seguras e equânimes que permitam que os cidadãos tenham confiança nos órgãos de poder quando da atividade estatal. Através das ideias firmadas por Robert Alexy de proporcionalidade, de sua construção da “lei de colisão”, torna-se possível vislumbrar quais os caminhos argumentativos que o intérprete

⁴¹⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres**. Barueri: Manole. 2005. p. 130.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ MAFFINI, Rafael Da Cás. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito** (Tese de doutorado). Orientador: Almiro Régis do Couto e Silva. 253 f. 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02 jan. 2018. p. 41.

⁴¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SCHIER, Paulo Ricardo. **Crédito-prêmio do IPI: Novos estudos e pareceres**. Barueri: Manole. 2005. p. 117.

jurídico tomou para alcançar a decisão final para o caso concreto e a sua fixação no espaço e no tempo, pois, parte-se do pressuposto de que se chegou a melhor decisão possível para aquele caso posto em análise, de sorte que outros casos cujos suporte fático sejam similares deverão ser tratados da mesma forma.

Desse modo, ademais, dá-se maior segurança para os casos em que um precedente deva ser superado (*overruling*) ou que se deixe de aplicá-lo para determinado caso (*distinguish*), vez que tais mudanças de entendimento só poderão de fato ocorrer quando pautadas em um forte processo argumentativo apto a demonstrar os motivos para tanto.

Esta lógica aqui demonstrada não se resume à aplicação do Direito no âmbito dos tribunais, mas também deve ser utilizada pelos órgãos administrativos, especialmente quando da formulação de precedentes administrativos. Os fundamentos aqui esposados podem e devem também ser utilizados pela administração pública para que se formulem, nessa seara, decisões vinculantes racionais e coerentes.

Este é o objetivo do próximo e último capítulo da presente pesquisa: demonstrar a possibilidade de que a Administração Pública se vincule às suas próprias decisões, criando precedentes administrativos aptos a efetivar direitos fundamentais da melhor forma possível – busca pela decisão ótima -, ao mesmo tempo que evita a judicialização excessiva destas prestações.

CAPÍTULO II – OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS VINCULANTES COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E O FUNDAMENTO DA VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES

Adotar uma teoria de vinculação das decisões administrativas, ou seja, uma teoria dos precedentes administrativos tem por condão a busca pela racionalização e efetividade da atividade administrativa, através de uma atuação que vise dar cumprimento aos fins constitucionais, especialmente no que se refere à consagração dos direitos fundamentais, gerando, ademais, um cenário de confiança e segurança para os cidadãos.

Considerando essa premissa, para que se possa entender a estrutura dos precedentes administrativos, bem como a sua fundamentação no ordenamento jurídico pátrio, há uma necessidade de que se analise o Regime Jurídico da Administração Pública Brasileira, a fim de demonstrar, neste tópico, que os princípios imanentes à atividade administrativa dão fundamento para a vinculação da Administração Pública às suas próprias decisões, ao mesmo tempo que a sua aplicação gera, como consequência, a própria efetividade deste mesmo regime jurídico.

Explica-se: ao se vincular às suas próprias decisões, a Administração Pública é capaz de fundamentar tal atuação através dos princípios administrativos e constitucionais que formam o seu regime jurídico e, de outro norte, ainda, vinculando-se aos precedentes, estará o Estado Administração a prestar o devido respeito e dar a real efetividade a estes mesmos princípios.

Sendo assim, para as conclusões que se almeja alcançar ao final deste trabalho, faz-se necessária uma análise a respeito do regime jurídico administrativo para que se possa demonstrar que os princípios que lhe dão forma são fundamentos suficientes para a adoção de uma teoria dos precedentes administrativos no Brasil.

Todavia, prescinde-se à tal construção que se traga à baila o conceito de precedente administrativo. Por certo, como já mencionado anteriormente, esta temática é nova na doutrina nacional, possuindo, ainda, um tímido arcabouço teórico. São pesquisas importantes a respeito de tal tema no Brasil os trabalhos de Juliana

Cristina Luvizotto⁴²⁰, Gustavo Marinho de Carvalho⁴²¹, Daniel Wunder Hachem⁴²² e Marcos Antonio Loschiavo de Barros⁴²³, por exemplo. Em contraponto, a doutrina estrangeira, especialmente no que se refere a países como Espanha, Chile, Peru, Colômbia, Argentina e Uruguai, já mostram a preocupação a respeito da necessidade de uma vinculação da Administração Pública às suas próprias decisões a mais tempo e com um maior amadurecimento⁴²⁴.

O que se torna perceptível do estudo a respeito de tal matéria, no entanto, é que trazer à baila uma definição da figura dos precedentes administrativos depende, em parte, da própria noção de regime jurídico adotado pelo local em que se busca construir a análise. Isso porque, conforme se percebe na doutrina estrangeira, os conceitos, por mais que possuam aparentemente o mesmo núcleo de definição, têm consigo certas peculiaridades, seja pelo fato da análise partir da ótica de regimes

⁴²⁰ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017.

⁴²¹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015.

⁴²² HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015; HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba. Cap. 8.

⁴²³ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação. 2014. 120 f. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

⁴²⁴ Na doutrina estrangeira são exemplos importantes de trabalhos acadêmicos que se debruçaram sobre o tema dos precedentes administrativos, entre outros: DÍAZ, José Ortiz Díaz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 24, 1957, p. 75-116. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>; ARROYO, Alberto Cairampoma. La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. **Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)**, n. 73, 2014, p. 483-504. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4932963>>; KLOSS, Eduardo Soto. Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado. **Revista Chilena de Derecho**, vol 26, n. 2, 1999, p. 300-403. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650120>>; MARTÍNEZ, Augusto Durán. El precedente administrativo. **Revista de Derecho**: Universidad Católica del Uruguay, n. 5, 2010, p. 51-78. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119802>>; SASTRE, Silvia Díez. **El precedente administrativo**: fundamentos y eficacia vinculante. Madrid: Marcia Pons. 2008; DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, Mayo-Ago., 1982, p. 7-46. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049637>>; GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>.

jurídicos diferentes, seja pelo fato de que determinados países possuem tribunais administrativos contenciosos e outros não, por exemplo⁴²⁵.

Desse modo, é certa a necessidade de encontrar a definição de precedentes administrativos no Brasil, especialmente correlacionando com o propósito do presente texto, qual seja, a realização dos direitos fundamentais. Nessa esteira, se faz importante, primeiro, trazer o conceito de precedente administrativo e sua estrutura sob a ótica da doutrina estrangeira para que se possa, após, estruturar tal construção a partir da realidade jurídica nacional.

Partindo-se do conceito elaborado por José Ortiz Díaz já em 1957, o precedente administrativo pode ser entendido como uma norma de direito objetivo originada de ao menos duas decisões tomadas pela Administração Pública, no exercício de sua função discricionária - cujos fatos sejam supostamente idênticos - que vincula a atividade administrativa, excepcionando-se os casos em que, por razões de oportunidade e conveniência, em decorrência de questões de interesse público, se justifique um tratamento desigual dos cidadãos ante as necessidades da Administração⁴²⁶.

Em outras palavras, para o autor, o precedente administrativo se configura quando a Administração Pública decide ao menos dois casos de forma igual, isto é, decide um segundo caso respeitando o conteúdo e a finalidade de um outro caso já decidido anteriormente. Tal decisão passa a vincular o órgão administrativo, sendo possível o seu não seguimento somente nos casos em que, por razões de interesse público, se demonstre a necessidade, motivadamente, de que a decisão paradigma não seja respeitada.

Em sentido similar, Alberto Cairampoma Arroyo aduz que o precedente administrativo é uma fonte do direito administrativo, sob a qual, a partir do exercício do seu poder discricionário, a Administração Pública define determinados critérios vinculantes da decisão administrativa a partir de certos pressupostos factuais

⁴²⁵ Sobre a diferenciação dos conceitos na doutrina estrangeira, ver: LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 110-113.

⁴²⁶ DÍAZ, José Ortiz Díaz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 24, 1957, p. 75-116. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. p. 102.

idênticos. Para referido autor, também, excepcionam-se os casos em que questões de interesse público tornem necessário o não respeito ao precedente⁴²⁷.

Ainda, Eduardo Soto Kloss defende que, considerando que os atos administrativos possuem como característica básica a “estabilidade dos seus efeitos”, gozando, assim, de intangibilidade, os direitos por eles definidos que levam em conta, ademais, o já definido em atos anteriores, estariam na categoria de “direitos adquiridos” não sendo permitido, portanto, à Administração Pública modifica-los ou anulá-los⁴²⁸.

Augusto Durán Martínez, por sua vez, define o precedente administrativo como uma fonte formal do direito administrativo diversa das demais (jurisprudência, costumes, práticas administrativas) que condiciona o agir da Administração Pública para os casos futuros⁴²⁹.

Para o professor uruguaio, a partir do momento que a Administração Pública assume determinada postura, decide determinada questão de uma forma, esta mesma questão deixa de ser indiferente, ou seja, há uma vinculação para com os casos futuros, de tal sorte que “é essa atuação administrativa, que chamamos de *precedente administrativo*, que coloca sobre a mesa os princípios da boa-fé, da igualdade, da confiança legítima, da expectativa plausível, da certeza jurídica, da igualdade, da justiça natural e, principalmente, o da segurança jurídica”⁴³⁰.

Aduz assim, que considerando tais princípios e a impossibilidade de que a Administração os desconheça, é que se justifica a sua vinculação para com as decisões anteriores, estando a Administração Pública obrigada a agir da mesma maneira, justificando o fato. Ademais, sustenta que para que tal vinculação ocorra há a necessidade tão somente da existência de um ato anterior sobre a matéria, não sendo necessária a reiteração⁴³¹.

O que parece certo em todos os casos é que o precedente administrativo se refere à “[...] atuação passada da Administração Pública que, de algum modo,

⁴²⁷ ARROYO, Alberto Cairampoma. La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. **Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)**, n. 73, 2014, p. 483-504. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4932963>>. p. 73.

⁴²⁸ KLOSS, Eduardo Soto. Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad administrativa del Estado. **Revista Chilena de Derecho**, vol 26, n. 2, 1999, p. 300-403. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650120>>. p. 400.

⁴²⁹ MARTÍNEZ, Augusto Durán. El precedente administrativo. **Revista de Derecho: Universidad Católica del Uruguay**, n. 5, 2010, p. 51-78. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119802>>. p. 72.

⁴³⁰ Ibidem, p. 73. (tradução livre).

⁴³¹ Ibidem.

condiciona suas atuações presentes exigindo um conteúdo similar para casos similares”⁴³².

Veja-se, assim, que os precedentes administrativos tomam forma a partir do momento que a Administração toma um mínimo de decisões similares e coincidentes sobre determinada temática e, com isso, utiliza tais decisões como embasamento para decidir as demais. É importante destacar, no entanto, que tais decisões tomadas pelo Estado Administração não precisam necessariamente ter sido consecutivas, mas sim que a Administração tenha, de fato, as usado como embasamento para outros casos⁴³³.

Perceba-se, nessa linha de pensar, que para a doutrina estrangeira os precedentes administrativos possuem como ponto nevrálgico de sua definição a ideia de vinculação da Administração Pública às suas decisões anteriormente exaradas. Refere-se ao fato de que, em se tomando uma decisão sobre determinada matéria, por força dos princípios imanentes ao regime jurídico administrativo, especialmente sob a fundamentação da segurança jurídica e da igualdade, a Administração não pode, salvo em casos específicos, tomar decisão diversa no caso subsequente que possua condições fáticas similares.

No Brasil, Gustavo Marinho de Carvalho bem define a figura dos precedentes administrativos sustentando que se referem a

[...] norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares. Em outras palavras:

⁴³² DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, Mayo-Ago., 1982, p. 7-46. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049637>>. p. 7 (tradução livre).

⁴³³ GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>. p. 152-153: “Dentro dicha definición debe reiterarse, críticamente, que no puede operar como criterio determinante de la definición del precedente administrativo la concurrencia de un mínimo de decisiones coincidentes, ya que puede ocurrir que la doctrina probable, o precedente administrativo, no tenga ocurrencia en períodos consecutivos, esto es, que no es un elemento esencial para la construcción de un concepto válido entre nosotros, de precedente administrativo el que el mismo hubiere sido reiterado para efectos de garantizar su carácter vinculante y su debida aplicación por las autoridades administrativas en sus decisiones. Una decisión contentiva de una sólida ratio decidendi es suficiente para determinar y abrir un camino de aplicación de una solución jurídica para los múltiples casos futuros”.

casos substancialmente similares deverão ter a mesma solução jurídica por parte da Administração Pública⁴³⁴.

Ou seja, ao se dar a mesma interpretação de um caso anterior para o novo caso concreto sob análise, decidindo de forma substancialmente similar, a autoridade administrativa está a aplicar novamente uma decisão já consagrada, isto é: “[...] a administração está vinculada às suas razões já decididas – reconhecidas como precedentes”⁴³⁵.

De forma objetiva

[...] o precedente administrativo caracteriza-se por um ato decisório anterior da Administração num dado momento histórico, que possui um conteúdo jurídico, em que há uma resolução substantiva do caso concreto feita pela Administração, de forma fundamentada, e que assume relevância jurídica suficiente para projetar efeitos para o futuro. Trata-se de um ato com conteúdo jurídico, do qual se pode extrair uma norma jurídica, e pode produzir uma possível situação de autovinculação da Administração à sua própria conduta. Sua aplicação tem por característica resolver um caso presente levando em consideração um caso anterior, mediante o respeito aos princípios da igualdade, segurança jurídica, proteção à confiança e interdição à arbitrariedade⁴³⁶.

Nesse mesmo sentido, pode-se dizer que os precedentes administrativos são “[...] o resultado de decisões anteriores proferidas pelo ente administrativo a respeito de determinada matéria, que traduzem a sua orientação interpretativa do ordenamento jurídico a propósito do assunto”⁴³⁷.

Os precedentes, então, a partir dos conceitos até aqui delineados se mostram como um importante instrumento para a garantia de decisões mais racionais, seguras e equânimes por parte da Administração Pública. Uma de suas características se relaciona com a sua vinculação aos princípios inerentes à atividade administrativa, ao regime jurídico administrativo, de tal sorte que importa, agora, traçar uma análise ao seu respeito, justificando tal argumento⁴³⁸.

⁴³⁴ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 121.

⁴³⁵ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/102556>>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 138.

⁴³⁶ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 112.

⁴³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 69.

⁴³⁸ Antes de iniciar a construção a respeito dos princípios inerentes ao regime jurídico administrativo e sua importância para a teoria dos precedentes, impende que se faça uma ressalva metodológica,

Sobre a noção de regime jurídico administrativo e o papel da Administração Pública sob a ótica da nova ordem constitucional instaurada em 1988 já se dissertou logo no primeiro capítulo do presente texto. Impende, todavia, neste momento, refinar o estudo, demonstrando que a atividade administrativa se encontra vinculada ao respeito dos princípios a si imanescentes, sejam eles os explicitamente elencados no texto constitucional, como é o caso do *caput* do artigo 37, sejam eles os implicitamente existentes como é o caso de princípios como o da igualdade, segurança jurídica, boa-fé⁴³⁹, entre outros.

Conforme também já fora evidenciado, a função pública do Estado, exercida pela Administração Pública, se traduz na realização do Interesse Público, este por sua vez entendido como a realização dos direitos fundamentais dos cidadãos e da sociedade da melhor maneira possível. Nesse sentido, o regime jurídico administrativo se traduz nos princípios do direito administrativo que guardam uma relação lógica de coerência e unidade entre si, formando um sistema⁴⁴⁰.

O regime jurídico administrativo alça a Administração Pública à uma posição privilegiada no âmbito das relações jurídico-administrativas, concedendo-lhe prerrogativas e sujeições. Segundo Maria Sílvia Zanella Di Pietro, “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo”⁴⁴¹. Sendo certo, ademais, que inúmeras dessas restrições e prerrogativas transparecem sob a forma dos princípios pertencentes ao ramo do direito público⁴⁴².

Assim, partindo do pressuposto de que o regime jurídico administrativo é formado por princípios que lhe dão forma e sujeitam a atividade administrativa⁴⁴³,

inclusive para facilitar a compreensão do presente texto, qual seja: a análise dos princípios foi realizada “em bloco”, ou seja, optou-se por dissertar, primeiro, a respeito dos princípios da legalidade, moralidade e boa-fé, tecendo comentários ao final sobre qual a sua importância para o estudo dos precedentes administrativos; para, então, depois, em um segundo bloco, falar a respeito dos princípios da segurança jurídica, igualdade e eficiência, justificando, também, a sua relevância para o estudo dos precedentes administrativos.

⁴³⁹ Registre-se que os princípios da boa-fé e segurança jurídica foram positivados no artigo 2º da lei 9784/99 (Lei do Processo Administrativo).

⁴⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 53.

⁴⁴¹ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. Atlas: São Paulo. 2011. p. 63.

⁴⁴² RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981. p. 57.

⁴⁴³ Conforme expõe Philip Gil França, “[...] entende-se por *regime jurídico administrativo* o conjunto de normas jurídicas (princípios e regras) harmonicamente estruturadas conformadoras e caracterizadoras do ramo do Direito que determina os limites de atuação da atividade administrativa do Estado sob a égide, em especial, dessa estrutura normativa denominada Direito Administrativo” (FRANÇA, Philip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 62).

torna-se necessário que se faça uma análise ao seu respeito com o enfoque principal de buscar demonstrar que é a própria ideia de um regime específico do direito administrativo que dá a fundamentação necessária para a construção e utilização de uma teoria dos precedentes administrativos no Brasil⁴⁴⁴.

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu capítulo VII, intitulado como “da Administração Pública”, logo no *caput* do artigo 37, o primeiro da seção, que “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 [...]”. Com isso, deixou de forma expressa a obrigatoriedade de vinculação a tais princípios para a realização da atividade administrativa. Ainda mais, parece certa a afirmativa de que os princípios da igualdade⁴⁴⁵, segurança jurídica e boa-fé, constantes implicitamente no regime jurídico administrativo são importantes, também, como vetores para o atingimento dos fins administrativos⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ Afinal, conforme bem aponta Juarez Freitas, repise-se o que já fora antes afirmado: “[...] o sistema jurídico em geral precisa ser visto, controlado e aplicado como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios, de normas e valores jurídicos, cuja função é a de dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático e de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed, rev. e ampl. 2013. p. 49).

⁴⁴⁵ Aqui, se faz importante ressaltar dois pontos em específico: o primeiro referente ao fato que de a igualdade também encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, não especificamente em seu artigo 37, mas sim já no *caput* do artigo 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 [...]”; o segundo de que, na doutrina nacional, há quem entenda que o princípio da igualdade se aproxima do princípio da impessoalidade administrativa (princípio basilar do regime jurídico administrativo, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello). Nessa esteira, afirma Daniel Wunder Hachem que o princípio da impessoalidade administrativa se soma à normatividade do princípio da igualdade, vez que não se pode admitir o favorecimento de um cidadão em face de outrem, sob pena de representar uma atuação administrativa personalista. Ou seja, “[...] tanto o caso individual e concreto precedente quanto o caso individual e concreto apreciado posteriormente devem, ambos, ser resolvidos com fulcro em uma decisão anterior, geral e abstrata que represente a leitura do ente administrativo a respeito do sistema normativo”. Afinal, não se pode admitir que o administrador público exerça juízos diferentes para casos substancialmente similares (HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais*. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 68).

⁴⁴⁶ Estes são, inclusive, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem: “O art. 37, *caput*, reportou de modo expresso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência* (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente na Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 98).

Nessa toada, alguns princípios influenciam e dão fundamentação à teoria dos precedentes administrativos de forma mais relevante. A partir das suas disposições normativas é que os precedentes encontram o seu mote e seu espaço dentro do direito administrativo. São princípios inerentes ao regime jurídico administrativo que vinculam a atividade do administrador e dão força normativa para os precedentes administrativos: os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, igualdade, segurança jurídica e boa-fé.

Tal escolha de princípios não se dá ao acaso ou de forma arbitrária, mas sim ante ao fato de que, aparentemente, a sua existência no mundo jurídico está intimamente ligada com a atividade administrativa, especialmente no que se refere à disciplina dos atos administrativos discricionários, ou seja, no campo de incidência principal de uma teoria dos precedentes administrativos.

Destarte, importa neste momento que se estude o conteúdo destes princípios para que se torne possível, então, ainda neste tópico, demonstrar que a utilização dos precedentes administrativos como instrumentos para a realização dos direitos fundamentais encontra sua fundamentação no próprio regime jurídico administrativo⁴⁴⁷.

De início, portanto, convém falar a respeito do princípio da legalidade, vez que este remete ao fundamento de que o Estado só tem o poder de agir quando a lei assim determine⁴⁴⁸, ou seja, a atividade administrativa refere-se a uma atuação infralegal⁴⁴⁹. A concepção clássica deste princípio, conforme ensina Gustavo Binembojm, se traduz “[...] numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo”⁴⁵⁰.

A questão que se põe para debate, todavia, está relacionada com o fato de que com a interpretação de fenômenos inerentes à ordem jurídica moderna,

⁴⁴⁷ Pois, afinal, “a invocação de certos princípios jurídicos é suficiente para fundamentar a eficácia vinculante dos precedentes administrativos no Direito Administrativo brasileiro” (CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 132).

⁴⁴⁸ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “[...] entende-se o princípio da legalidade, em seu sentido estrito e próprio, como o que especificamente exige a *submissão do agir à lei, como produto formal dos órgãos legiferantes do Estado*” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2009. p. 88).

⁴⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 223.

⁴⁵⁰ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 24.

notadamente no que se refere à constitucionalização do direito, interpretar o princípio da legalidade tão somente como a vinculação estrita do administrador à lei se mostra insuficiente para garantir efetivamente os fins de um Estado Democrático e de Direito. Tal afirmação encontra seu fundamento ante a perspectiva adotada da existência de um “*sistema de direitos fundamentais*” e de um “*sistema democrático*” que trazem ao direito administrativo uma série de regras e princípios que vinculam a sua conduta⁴⁵¹.

Com isso, parece certo entender que o princípio da legalidade, nos moldes classicamente definidos – vinculação estrita do administrador à lei – não condiz com os pressupostos e ideais de uma Administração Pública voltada para a realização do interesse público, este entendido como a concretização e proteção dos direitos fundamentais. Isso porque, a legalidade administrativa, hoje, se revela “[...] aberta a fontes normativas externas ou que, pelo menos, escapam na sua produção a um controlo integral das vontades dos órgãos do Estado”⁴⁵².

Sendo assim, deve-se pensar em uma noção de *juridicidade administrativa*⁴⁵³, isto é, para além da vinculação à lei, a Administração Pública, o Direito Administrativo, passa a estar vinculado à Constituição e aos princípios a si inerentes, com uma especial “[...] ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático [...]”⁴⁵⁴. Nessa mesma linha de defesa encontram-se os

⁴⁵¹ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 24.

⁴⁵² OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003. p. 150-52.

⁴⁵³ Segundo Gustavo Binembojm, “A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora, Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINEMBOJM, Gustavo. Op, Cit., p. 38).

⁴⁵⁴ Ibidem.

posicionamentos de autores como Carmen Lúcia Antunes Rocha⁴⁵⁵, Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁵⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵⁷, por exemplo.

Assim, pensa-se que uma definição adequada do princípio da legalidade administrativa se refere à necessidade de que a Administração Pública tenha o seu agir administrativo vinculado à lei, à Constituição, a todos os seus princípios imanentes – explícitos e implícitos – e, principalmente, aos direitos fundamentais. Parece ser essa a noção que se extrai da Constituição e da própria ideia de *juridicidade administrativa*, a qual se adota como premissa basilar no presente trabalho.

Outro princípio cuja menção é necessária e que condiz com premissa capital do regime jurídico administrativo e, também, para a adoção dos precedentes administrativos como instrumento para a realização de direitos fundamentais no âmbito da Administração Pública, é o princípio da moralidade administrativa. Isso porque referido princípio está intimamente ligado com a primordial função do Estado, seja na esfera administrativa, seja na esfera legislativa, seja, ainda, na esfera jurisdicional, de editar, através da consagração dos princípios constitucionais, normas jurídicas éticas e morais⁴⁵⁸. Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, “o princípio da

⁴⁵⁵ Ver: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey. 1994. p. 80 e ss.; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade do Estado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, jul./set. 1991, p. 79-123. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175646/000123153.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 13 jan. 2018.

⁴⁵⁶ Nesse sentido aduz o professor paranaense que “a adoção do sentido restrito da legalidade é exigência da própria Constituição de 1988. O primeiro argumento é de ordem lógica. Ora, se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despedido de sentido a afirmação de outros princípios constitucionais da Administração Pública” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 160). Sobre a posição do autor a respeito do princípio da legalidade nos moldes aqui defendidos, ver, também: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista de direito administrativo e constitucional**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13-59. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/734/579>>. Acesso em: 15 jan. 2018; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533/514>>.

⁴⁵⁷ Ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. cap. 2.

⁴⁵⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 37.

moralidade configura princípio ético com ampla abrangência sobre a atividade administrativa”⁴⁵⁹

Dessa maneira, deve a Administração Pública agir sempre de forma moral quando da realização da atividade administrativa, especialmente quando se encontra em seu campo de discricionariedade. Assim, exigir do administrador público que aja de forma moral significa esperar que sua conduta seja correta, ética e honesta: diz respeito àquilo que, considerando os pressupostos de direito, se pode esperar que seja realizado⁴⁶⁰.

Segundo Ricardo Marcondes Martins, a moralidade administrativa deve ser considerada uma “regra de estrutura” da Administração Pública, vez que “disciplina o *exercício da função administrativa*”. Ainda mais, pode ser encarada a partir de um viés objetivo o qual “[...] impõe à Administração Pública o dever de ser leal, íntegra, honesta”; e, ainda, sob um viés subjetivo que remete à imposição de que o administrador aja com honestidade⁴⁶¹.

Veja-se, portanto, que referido princípio encontra-se intimamente ligado ao princípio da legalidade, bem como do, já referenciado no primeiro capítulo deste trabalho, parte I, de forma breve, princípio da boa administração pública. Podendo-se afirmar que, considerando que o princípio da moralidade pertence ao Direito e vincula a atividade administrativa tanto à lei quanto à moral – ele encontra-se, também, albergado pela ideia de *juridicidade administrativa*⁴⁶².

A relevância de tal princípio se torna mais nítida quando se parte do pressuposto de que é papel da Administração Pública realizar o bem comum, este traduzido na consecução do interesse público⁴⁶³, através, especialmente, de atos administrativos, devendo agir com legalidade, formalidade (respeitando os

⁴⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad. 1998. p. 180.

⁴⁶⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 49.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 51-56.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 58.

⁴⁶³ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da moralidade administrativa vincula a Administração Pública à busca do “bom resultado”, ou seja, o resultado que “concorra para a realização da boa administração”, traduzido no atingimento de seus fins institucionais, quais sejam, a realização dos interesses públicos (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 190, p. 1-44, out.-dez. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>>. Acesso em: 20 nov. 2016. p. 7-8).

pressupostos formais do direito, tais como motivação do ato, devido processo legal e afins) e equidade, especialmente no sentido de um agir moral⁴⁶⁴.

Nesse sentido,

a moralidade administrativa representa o respeito aos valores maiores do Estado, ou seja, aos valores eleitos democraticamente e consagrados no ordenamento jurídico, que justificam a existência e a ação do Poder Público, inclusive de modo a restringir a liberdade e a propriedade privada em algumas situações. Nesse sentido, a moralidade administrativa representa o dever de que as autoridades e instituições públicas observem constantemente as finalidades maiores do Estado – previstas no art. 3º da Carta magna, por exemplo⁴⁶⁵.

Ou seja, estar vinculada ao princípio da moralidade significa dizer que a atividade administrativa se encontra comprometida com a realização das finalidades públicas legítimas, estas entendidas como a realização e proteção dos direitos fundamentais. De tal sorte que o agir administrativo moral remete obrigatoriamente para uma “atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública, suas entidades, órgãos e agentes públicos, quer em relações externas, *i.e.*, envolvendo a Administração Pública, de um lado, e os administrados, de outro”⁴⁶⁶.

Além do princípio da moralidade, outro princípio que também se encontra relacionado à atividade administrativa é o princípio da boa-fé. A inserção objetiva deste princípio no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a edição da lei de processo administrativo (Lei n. 9.784/1999), que já no seu artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, incluiu que a Administração Pública possui a obrigatoriedade de observar padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Por certo, todavia, que mesmo antes de sua positivação no ordenamento jurídico, entender que o agir administrativo deveria encontrar respaldo e fundamento em condutas pautadas na boa-fé já era premissa inerente do regime jurídico administrativo⁴⁶⁷.

A justificativa para isso está no fato de que já a Constituição Federal de 1988, mesmo não consagrando expressamente tal princípio em seu texto, deixava à lume a sua extração de princípios como os já citados da moralidade administrativa e da

⁴⁶⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Genesis. 1993. p. 32.

⁴⁶⁵ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas. 2012. p. 165.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 165-167.

⁴⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. Atlas: São Paulo. 2011. p. 89.

inegável necessidade de existência de uma atuação proba por parte do administrador público⁴⁶⁸.

É da leitura deste princípio, em conjunto com o princípio da moralidade administrativa, que se permite ao cidadão ter confiança na Administração Pública, ou seja, possuir a expectativa de que as condutas tomadas pelo administrador não lhe causaram, em regra, ferimentos e, especialmente, não lhe trarão surpresas indesejadas⁴⁶⁹.

A partir da leitura de tal princípio é que se permite o “[...] correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fim de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões [...]”⁴⁷⁰.

Segundo Luis M^a Díez-Picazo, a força deste princípio permite ao cidadão ter a expectativa e confiança de que os atos administrativos tomados pela administração pública não lhe trarão surpresas, possuirão os mesmos efeitos e consequências de outros casos similares já decididos anteriormente⁴⁷¹.

Afinal, “a boa-fé e a lealdade, como instrumentos garantidores da moralidade administrativa, substanciam elemento objetivos capazes de definir métodos e formas práticas de comportamento administrativo”⁴⁷².

Dos três princípios até aqui visitados, algumas conclusões parciais sobre a sua importância para a teoria dos precedentes podem ser retiradas. Veja-se que tais princípios se referem principalmente ao agir ético e legal da Administração Pública, ou seja, da necessidade de que o agir administrativo esteja sempre vinculado à juridicidade, isto é, ao devido cumprimento dos princípios constitucionais, aos direitos fundamentais e às disposições legais inerentes ao ordenamento jurídico. Ainda mais, deve-se ter em mente que as condutas administrativas devem estar pautadas sobre os desígnios da boa-fé e de pressupostos morais, no sentido de proporcionar um

⁴⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. Atlas: São Paulo. 2011. p. 89.

⁴⁶⁹ Sobre o princípio da boa-fé no direito administrativo, ver, também: CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 140 e ss.

⁴⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 123.

⁴⁷¹ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, Mayo-Ago., 1982, p. 7-46. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049637>>. p. 15-16.

⁴⁷² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533/514>>. p. 302.

cenário de segurança jurídica, confiabilidade e incapaz de trazer surpresas aos cidadãos.

Os cidadãos devem ter a confiança de que não serão afetados por condutas de administradores públicos que confrontem a lei e, ainda mais, que sejam imorais ou provenientes de intenções pessoais dos próprios agentes públicos, que coloquem em xeque a busca do bem comum.

Neste diapasão, os precedentes administrativos encontram seu espaço, vez que, ao se vincular às suas próprias decisões, a Administração Pública está agindo dentro do seu espaço legal e moral, buscando concretizar os direitos expostos no texto constitucional (princípio da legalidade), através de condutas morais e de boa-fé, pois estabiliza os seus entendimentos e evita uma Administração Pública de Surpresas, para se valer do termo de Romeu Felipe Bacellar Filho⁴⁷³.

O principal a ser retirado dessas proposições é que se vincular aos precedentes administrativos busca garantir maior racionalidade das decisões estatais, de forma legal e proba. Ademais, é certo que, considerando a força normativa de tais princípios, qualquer ato administrativo que deixe de respeitar tais pressupostos – legalidade, moralidade e boa-fé – deve, necessariamente, ser considerado um ato ilegal, inconstitucional e, conseqüentemente, não possuirá força vinculante.

Além de tais princípios, que buscam circundar as questões referentes à constitucionalidade e legalidade dos precedentes administrativos, os princípios da segurança jurídica, igualdade e eficiência também possuem um peso angular para a adoção de uma teoria de autovinculação da Administração Pública às suas próprias decisões. Assim, são requisitos também da atividade administrativa que concretize direitos de forma segura e equânime sem deixar de lado a necessidade de que sejam, ao mesmo tempo, buscados da melhor forma possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Ou seja, deve a Administração Pública concretizar direitos sempre buscando a melhor forma de realiza-los, dando-lhes a maior efetividade possível, sem deixar de considerar questões como custos, celeridade e afetação do interesse público.

No que toca ao princípio da segurança jurídica, este relaciona-se à necessidade de que a Administração Pública garanta um cenário de estabilidade e previsibilidade das relações que os particulares detêm para com o Estado e vice-

⁴⁷³ BACELLAR, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

versa⁴⁷⁴. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, tal princípio refere-se à essência da própria noção de um Estado Democrático e de Direito⁴⁷⁵.

Pode ser traduzido no fato de que as “[...] orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões [...]”⁴⁷⁶.

É certo que a doutrina jurídica pátria muito já escreveu sobre o princípio da segurança jurídica. Dentre esta grande produção, no entanto, merece destaque o texto de Almiro Couto e Silva⁴⁷⁷ que tomou notável cuidado metodológico ao definir este princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo o autor, por mais que não exista menção expressa ao princípio da segurança jurídica no texto constitucional de 1988, ele deve ser considerado como um princípio base de um Estado de Direito, na mesma linha de Celso Antônio Bandeira de Mello. Isto porque, “[...] a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade”⁴⁷⁸.

Ademais, “[...] o corolário do princípio da segurança jurídica encontra-se no art. 5º, XXXVI, segundo o qual ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’”, mostrando sua característica essencial de proteção à imutabilidade das relações jurídicas já consolidadas no Estado de Direito⁴⁷⁹.

Conforme ensina o professor Romeu Felipe Bacellar Filho,

[...] o princípio da segurança jurídica das relações jurídicas deve presidir toda a atuação do Poder Público, servindo, através dos institutos que o consagram – ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada – como escudo protetor

⁴⁷⁴ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 136.

⁴⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 126.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 128.

⁴⁷⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio, junho, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 maio. 2016.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 11.

⁴⁷⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533/514>>. p. 306.

do cidadão frente a superveniência de lei ou emenda constitucional que frustre suas expectativas diante de situações jurídicas já consolidadas⁴⁸⁰.

Nesta toada, então, o princípio da segurança jurídica apresenta-se em duas facetas, uma face objetiva “[...] que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada” e uma face subjetiva que “[...] concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de atuação”⁴⁸¹.

Sobre a proteção à confiança, esta é entendida por parte da doutrina⁴⁸² como um princípio autônomo, mas que guarda estrita relação com os princípios da segurança jurídica e boa-fé. Sem adentrar na discussão a respeito da normatividade da noção de proteção à confiança, vez que se estaria a fugir do recorte metodológico da presente pesquisa, tem-se que a noção de proteção à confiança legítima do cidadão traduz a necessidade de que os cidadãos se encontrem protegidos e confiantes de que os atos do Estado, sejam do Legislativo, Executivo ou Judiciário, serão estáveis e não lhes ocasionarão surpresas. Pois, afinal, “o Estado, em sua totalidade, deve respeitar a segurança jurídica, o que implica o dever de zelar pela confiança gerada por seus atos aos particulares de boa-fé”⁴⁸³.

Ou seja, é a obrigatoriedade de que o Estado permita um cenário de confiança para os cidadãos e, em conexão com o princípio da segurança jurídica, tem-se que tais princípios estabelecem limites ao que se refere à retroatividade dos atos administrativos⁴⁸⁴, assim como permitem a previsibilidade dos cidadãos em relação ao futuro.

⁴⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533/514>>. p. 311.

⁴⁸¹ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio, junho, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 maio. 2016. p. 3-4.

⁴⁸² Como é o caso de Almiro Couto e Silva e Rafael Carvalho Rezende Oliveira: COUTO E SILVA, Almiro do. Op. Cit.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro. **Revista Carioca de Direito – RCD**, v. 1, n. 1, jan-jun. 2010. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1558797/DLFE-220683.pdf/RevistadeDireito.pdf#page=83>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁴⁸³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Op. Cit., p. 86.

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 95.

Assegura que os cidadãos não sofrerão com mudanças abruptas na forma como o agir administrativo ocorre, de sorte a prejudicar os seus direitos. Isto é, de tal catálogo principiológico decorre a estabilidade nas relações jurídicas, garantindo um futuro previsível.

Nesse panorama, tal princípio ganha significância ainda maior quando correlacionado com a proteção e realização dos direitos fundamentais, uma vez que, conforme aponta Ingo Wolfgang Sarlet, “[...] a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade, evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica”⁴⁸⁵.

Afinal, não se pode imaginar um Estado Democrático e de Direito que não garanta a realização dos direitos fundamentais com segurança, estabilidade e confiança ao cidadão. Isto é, deve se garantir que as decisões administrativas concessivas de direitos fundamentais⁴⁸⁶ na seara administrativa sejam assentes, garantindo uma conformidade de futuro estável e de certeza jurídica aos cidadãos que não podem ser surpreendidos com mudanças radicais e abruptas de entendimentos⁴⁸⁷.

Pois, o princípio da segurança jurídica impõe o dever de que a Administração Pública zele “[...] pela estabilidade e pela ordem nas relações jurídicas como condição para que se cumpram as finalidades superiores do ordenamento”. Sendo certo,

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 26 maio. 2016. p. 9

⁴⁸⁶ Por certo todas as decisões administrativas devem estar pautadas no respeito aos princípios aqui expostos. No entanto, considerando o recorte metodológico da presente pesquisa, traz-se a vinculação maior aos direitos fundamentais, sem, no entanto, repise-se, excluir os demais direitos dos cidadãos.

⁴⁸⁷ De acordo com Daniel Wunder Hachem, haverá ofensa ao princípio da segurança jurídica quando a Administração Pública “[...] decidir casos que lhe são submetidos de determinada maneira, benéfica a um direito dos particulares e, então, subitamente, deliberar por rejeitar a satisfação desse mesmo direito, postulado por um titular imerso no mesmo quadro fático. Esse tipo de comportamento abala a perspectiva da certeza do cidadão a respeito do proceder habitual da Administração Pública, traindo sua legítima confiança baseada nas condutas administrativas precedentes e favoráveis à tutela do direito reivindicado” (HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 68).

además, que sem esta estabilidade “[...] não há justiça, nem paz, tampouco respeito às decisões do soberano”⁴⁸⁸.

O desenho do Estado Democrático de Direito impõe, ainda, a garantia de tratamento igualitário entre todos os cidadãos que se encontrem nas mesmas situações fáticas e jurídicas em determinado caso concreto. Daí porque a importância do princípio da igualdade fundar, também, a teoria dos precedentes administrativos e ser peça importante para a realização dos direitos fundamentais.

Guardando correlações importantes com os princípios anteriormente estudados, o princípio da igualdade remete à noção de que “[...] inexistindo qualquer razão para que se estabeleça tratamento jurídico diferente entre pessoas, deve-se trata-las da mesma maneira”⁴⁸⁹.

Sua importância para o ordenamento jurídico e para as relações da sociedade para com o Estado se mostra já no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, em que se expressa que “todos são iguais perante à lei”. No direito administrativo sua importância é ímpar “[...] ao proscrever qualquer tratamento diferenciado entre os administrados, que não se fundamente em lei prévia que, por sua vez, haja garantido generalidade de tratamento a todos os que se encontrem na idêntica situação de fato tomada como base de igualação [...]”⁴⁹⁰.

No panorama dos direitos fundamentais, además, afirma Daniel Wunder Hachem que ele (princípio da igualdade)

[...] se apresenta como o verdadeiro fundamento para a consagração constitucional dos direitos sociais: é para que todos possam desfrutar de posições substancialmente igualitárias no âmbito da sociedade que as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, interferindo nas relações interprivadas para equiparar juridicamente os sujeitos hipossuficientes e ampliando o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais⁴⁹¹.

Por certo, como bem salienta o professor curitibano, referido princípio “[...] serve como um parâmetro mandatório que força a Administração a tratar

⁴⁸⁸ FREITAS, Juarez. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed, rev. e ampl. 2013. p.75-76.

⁴⁸⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 133.

⁴⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2009. p. 89.

⁴⁹¹ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 66.

isonomicamente os cidadãos em qualquer situação, mesmo nas que não envolvem a tutela dos direitos sociais”. A questão que se coloca é de que, quando colocados direitos fundamentais em jogo, a igualdade ganha ainda mais força, pois, afinal, são eles – os direitos fundamentais e, em especial, os sociais – que garantem a possibilidade de posições mais igualitárias dentro da sociedade⁴⁹².

Partindo-se, ademais, do pressuposto metodológico de que o regime jurídico administrativo, para além de englobar a importância e necessidade de que a Administração Pública sempre busque a realização do interesse público, liga-se, também, ao princípio da indisponibilidade destes mesmos interesses, deve-se entender a premissa de que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, à Administração cabe a função primordial de gerir os interesses de toda a coletividade, não tendo disponibilidade sobre tais bens, especialmente na seara dos direitos fundamentais, de tal sorte que não possui a capacidade legal, isto é, o próprio Direito não lhe permite, para tratar desigualmente os cidadãos cujos interesses representa⁴⁹³.

Perceba-se, assim, a relevância metodológica do princípio da igualdade, também, para a doutrina dos precedentes administrativos. Afinal, uma teoria dos precedentes, sejam eles judiciais ou administrativos, tem como função imperativa garantir um cenário de igualdade e segurança jurídica. Em especial, garantir que não existam tratamentos díspares entre cidadãos integrantes de uma mesma sociedade e que se encontrem em situações fáticas e jurídicas similares.

É tarefa do Estado de Direito garantir um cenário de estabilidade e confiabilidade para todos os cidadãos, justificando a premissa de que todos devem ser tratados de maneira igual e sem nenhuma forma de discriminação. A partir dessa assertiva, torna-se clara a correlação e importância que o princípio da igualdade e os precedentes - como instrumento para a realização de direitos fundamentais - possuem entre si, uma vez que é tarefa do Estado garantir um cenário de igualdade e é, ao

⁴⁹² HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 67.

⁴⁹³ Interessante citar que Celso Antônio Bandeira de Mello assim já entendia o valor metodológico do regime jurídico administrativo e do princípio da igualdade na década de 60, ou seja, mais de 20 anos antes da promulgação da Constituição de 1988. Para mais a respeito do entendimento do autor à época, ver: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

mesmo tempo, função dos precedentes garantir, ao menos substancialmente, que essa igualdade se perfectibilize.

Atente-se, também, para o fato da estreita correlação que o princípio da igualdade possui com os demais princípios acima elencados. A sua normatividade se complementa com a normatividade dos demais princípios, buscando dar completude ao regime jurídico administrativo.

Por fim, resta tecer alguns apontamentos a respeito do princípio da eficiência⁴⁹⁴, uma vez que para além de atos legais, seguros, morais, de boa-fé e equânimes, deve a Administração buscar sempre realizar direitos da forma mais eficiente possível.

O princípio da eficiência foi incluído de forma expressa no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 pela emenda n. 19 de 1998. O seu conteúdo refere-se à necessidade de que a Administração Pública busque a concretização do interesse público através do binômio menor gasto *versus* maior satisfação dos direitos colocados em jogo, acrescentando-se, todavia, a necessidade de sempre prestar respeito ao princípio da legalidade⁴⁹⁵.

Em outras palavras, pode-se dizer que o princípio da eficiência se traduz na vinculação do administrador à prestação de uma atividade administrativa que “[...] além de se dar com presteza, agilidade, perfeição e rendimento, deve ser feita nos limites da lei, sempre voltada para o alcance de uma finalidade pública, respeitando-se parâmetros morais válidos e socialmente aceitáveis”⁴⁹⁶. Mais ainda, pode-se dizer que o administrador será de fato eficiente quando der o ideal cumprimento da lei mesmo na utilização de sua prerrogativa discricionária⁴⁹⁷, ou seja, um administrador eficiente é aquele que, especialmente quando se utilizando de sua competência

⁴⁹⁴ Um apontamento metodológico merece ser aqui considerado. Não raras vezes conceitos como eficiência, eficácia e efetividade são confundidos e tratados como sinônimos. Não se nega que, objetivamente, determinados *standards* de tais proposições se liguem e levem a confusão sobre os seus conceitos. Todavia, vale desmistificar tais problemas, demonstrando, brevemente, as suas diferenças conceituais. Conforme ensina Luciano Alfonso Parejo, o conceito de eficácia remete a ideia do resultado que se espera de determinada ação, ou seja, se o resultado final foi, de fato, eficaz; de outro norte, o significado de eficiência se traduz em como a própria ação foi realizada, isto é, da análise dos meios utilizados para se chegar a determinado resultado, se foram eficientes ou não; por fim, efetividade significa analisar se a ação tomada, em si, obteve “êxito”, se conseguiu se tornar efetiva no mundo dos fatos, conseguiu cumprir com os fins que se propôs da forma desejada (ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración: três estúdios**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p. 89-94).

⁴⁹⁵ SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003. p. 190.

⁴⁹⁶ Ibidem, p. 194.

⁴⁹⁷ Ibidem, p. 205.

discricionária, toma determinado ato de forma a garantir a melhor concretização do interesse público, ao mesmo tempo que se preocupa em ter os menores gastos e se manter fiel ao princípio da legalidade.

Emerson Gabardo, ao tratar do tema, atenta que a sua interpretação não pode ser reduzida aos conceitos formulados pelas ciências econômicas, deve, em outra vertente, ser entendido a partir de uma interpretação conjunta de outros institutos que lhe são inerentes, tais quais a efetividade, eficácia, celeridade, produtividade, racionalização e economicidade⁴⁹⁸.

Nessa linha de pensamento, então, afirma ainda o autor paranaense que o princípio da eficiência encontra mais claramente o seu âmbito de incidência e normatividade na disciplina dos atos administrativos discricionários. Sendo certo que “[...] é completamente plausível a existência de várias formas de aplicação tópica do princípio da eficiência administrativa, tanto como parâmetro de interpretação, quanto diretriz de organização e atividades administrativas”⁴⁹⁹.

Diante dessas considerações, pode-se perceber a importância de tal princípio também para a teoria dos precedentes administrativos, pois a partir da sua racionalidade, que espera um agir administrativo eficiente, a vinculação da Administração Pública às suas próprias decisões encontra seu fundamento, vez que “[...] ao estabelecer que face às situações similares deve-se adotar a mesma decisão, é inegável que o resultado é a celeridade e rapidez na atuação administrativa. Não há procedimentos desnecessários e evitam-se contradições ao aplicar decisões passadas para casos similares”⁵⁰⁰.

De acordo com Juliana Cristina Luvizzoto,

o princípio da eficiência também impõe que a atuação estatal deva ser realizada com rapidez, com a concessão de respostas no menor tempo possível, perfeição e rendimento, de modo a evitar erros e dispêndios de recursos. Precedentes podem tornar a atividade decisória estatal mais eficiente, tanto acelerando resultados, garantindo a razoável duração do processo, uma vez que não é necessário sair sempre do grau zero na análise dos casos [...] ⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética. 2002. p. 100.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 129 e 147.

⁵⁰⁰ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/102556>>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 138.

⁵⁰¹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 67.

Desta forma, parece certo que adotar uma teoria dos precedentes administrativos que encontre espaço dentro do Direito Administrativo brasileiro justifica-se em face do respeito ao regime jurídico administrativo imposto pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas infralegais, prestando respeito a todos os princípios constitucionais e administrativos a si inerentes, especialmente:

i) ao princípio da legalidade, vez não se pode conceber a ideia de decisões administrativas *contra legem* e, ainda mais, em encontrando-se vinculada a atividade administrativa à Constituição, à lei e aos princípios constitucionais, está, conseqüentemente, obrigada a prestar os direitos fundamentais da melhor forma possível, não se omitindo de tal dever;

ii) ao princípio da moralidade, pois o administrador público está vinculado a um agir moral, ético e honesto;

iii) e, por via de consequência, ao princípio da boa-fé, pois, para além do respeito à Constituição e à lei, deve o agente público agir com lealdade e pautado em um comportamento isento de reprovabilidade⁵⁰²;

iv) ao princípio da segurança jurídica, afinal é pressuposto de um Estado de Direito que os administrados possam ter confiança nas decisões administrativas, de modo que não sejam surpreendidos por decisões inesperadas;

v) ao princípio da igualdade, ante a vedação de tratamentos discriminatórios entre os cidadãos pertencentes a uma mesma sociedade, especialmente na disciplina dos direitos fundamentais, que se encontrem nas mesmas situações fáticas e jurídicas em determinado caso concreto; e

vi) por fim, ao princípio da eficiência, pois, para além da devida realização do interesse público, deve a administração prestá-lo da melhor forma possível e isso engloba a necessidade de que as prestações sejam de forma célere, racional e produtiva, efetiva e, quando possível, com redução de custos.

Em não havendo tal respeito ou, ainda, em havendo omissão na devida prestação dos direitos fundamentais, a decisão administrativa deverá,

⁵⁰² Sobre tal afirmação e a correlação entre boa-fé, moralidade e lealdade, ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

necessariamente, ser considerada inconstitucional, não possuindo, portanto, força vinculativa.

Veja-se que se está diante das duas faces de uma mesma moeda: pois, ao mesmo tempo que os princípios inerentes ao regime jurídico administrativo são fundamentos para a adoção de uma teoria da vinculação da Administração Pública às suas próprias decisões, a utilização dos precedentes administrativos pela Administração garante, em via reversa, o cumprimento e respeito destes mesmos princípios, dando fiel cumprimento, assim, aos pressupostos constitucionais.

Com isso, toma-se a liberdade em definir o conceito de precedente administrativo, considerando os fins almejados no presente trabalho como: *um instrumento de vinculação das decisões administrativas pretéritas às decisões administrativas futuras, especialmente em matéria de direitos fundamentais*⁵⁰³, *que preste respeito a todos os dispositivos constitucionais e, em especial, ao regime jurídico administrativo, garantindo maior efetividade na realização das prestações jusfundamentais e, por via de consequência, da realização do interesse público, garantindo um cenário de legalidade (este entendido a partir da concepção trazida de juridicidade), moralidade, igualdade, segurança jurídica, boa fé e eficiência para todos os cidadãos.*

No entanto, mesmo com tal definição preliminar, talvez seja o caso de refinar, ainda, um pouco mais tal conceito, vez que, em tese, o campo de incidência de uma teoria dos precedentes administrativos encontra sua maior aplicabilidade quando o administrador público se depara com situações em que a lei não lhe dá uma resposta concreta para o caso em análise e ele deve se valer da interpretação dos dispositivos constitucionais e infralegais, bem como das situações fáticas e jurídicas *in concreto*, para encontrar a melhor decisão possível para o caso. Isto é: no âmbito de incidência de seu poder discricionário e da existência de conceitos jurídicos indeterminados.

Nestes casos, inclusive, a conclusão que se pretende chegar é de que a vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos age como limite ao poder discricionário e possibilita uma resposta racional e coerente à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁵⁰³ Não se pretende negar a possibilidade de vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos em outras matérias para além das inerentes aos direitos fundamentais. Todavia, considerando as premissas metodológicas da presente pesquisa, a verticalização imposta baliza a análise tão somente no que se refere a tais questões: vinculação da administração pública aos seus próprios precedentes em matéria de direitos fundamentais.

2.2 OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E COMO VETOR DE INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Conforme estudado no presente trabalho até aqui, é função de um Estado Democrático e de Direito alcançar o interesse público, isto é, realizar os fins pautados na Constituição Federal, especialmente no que se refere à concretização e proteção dos direitos fundamentais. Sob essa ótica, incumbe à Administração Pública, ao Direito Administrativo, como ramo do direito público, um papel especial, cuja competência primeira encontra-se ligada à realização desta função.

Para cumprir com tal desiderato, portanto, a Administração deve, necessariamente, se valer do “uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”⁵⁰⁴ e, se assim o é, pode-se concluir que a prática da atividade administrativa, entendida como o exercício da função da Administração Pública para a consecução do interesse público, depende de ações do administrador público que se concretizam, principalmente, mediante atos administrativos.

Sendo assim, partindo-se do pressuposto de que o conceito de ato administrativo se traduz na ideia de uma “[...] atuação jurídica (comissiva ou omissa), unilateral e concreta, exteriorizada pela Administração Pública, ou por aqueles legalmente legitimados para tanto, advindo do seu exercício de função administrativa do Estado”⁵⁰⁵, impende analisar qual a correlação desses atributos para com uma teoria dos precedentes administrativos.

A proposição se justifica vez que é exatamente no âmbito da atividade administrativa que os precedentes administrativos encontram seu campo de incidência. Ou seja, a partir do momento em que são tomadas decisões administrativas que possuem por enfoque atingir os fins constitucionais de sua competência, é que emerge o ambiente do presente estudo.

Assim, parte-se do pressuposto de que quando a Administração Pública declara suas vontades, desejos, juízos e conhecimentos, no exercício de sua

⁵⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 29.

⁵⁰⁵ FRANÇA, Philip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 32.

competência própria, ela o faz por meio de atos administrativos⁵⁰⁶. Isto tudo sem desconsiderar, por certo, que a Administração não poderá jamais atuar por vontade própria, já que o exercício da função administrativa se traduz no agir para realizar interesses que não são seus, na clássica lição de Jean Riverò⁵⁰⁷.

Nesse diapasão, deve-se atentar ao fato de que, mesmo ante a perspectiva de que a Administração Pública possui competências que lhe colocam em patamar de precedência sobre os particulares em determinadas situações pelo fato de que, sem isso, não lhe seria possível cumprir com seus fins, como já visto, toda a sua atividade encontra-se vinculada à lei e aos princípios constitucionais, de sorte que todos os atos emanados por si devem, invariavelmente, serem lícitos e em respeito à ordem constitucional⁵⁰⁸. O que significa que “os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade”⁵⁰⁹. É a ideia de função administrativa, baseada na noção da convivência das prerrogativas e sujeições, conforme lições de Jean Riverò⁵¹⁰.

Ocorre, no entanto, que, em um sistema jurídico-constitucional amplo e que sofre constantes mutações, não raras vezes a lei não dá todas as respostas necessárias para a solução de todos os casos postos em análise pelo administrador público ou, ainda, podem existir casos em que a lei aufere mais de uma aplicação possível de seu texto ou deixa lacunas que exigem uma interpretação por parte de seu intérprete para a devida aplicação.

Existirão casos, por certo, em que o ordenamento jurídico fixará a resposta necessária para determinada questão, isto é, o texto legal não deixa opções de interpretação e aplicação de seus dispositivos, obrigando o administrador público a seguir o expressamente disposto. Nessas situações, diz-se que há uma vinculação da Administração Pública para com a lei⁵¹¹.

⁵⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 548.

⁵⁰⁷ RIVERÓ, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981. p. 14-15.

⁵⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. Atlas: São Paulo. 2011. p. 213.

⁵⁰⁹ *Ibidem*.

⁵¹⁰ RIVERÓ, Jean. *Op. Cit.*, p. 103.

⁵¹¹ Ver, nesse sentido: RIVERÓ, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981. Cap. II; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. Atlas: São Paulo. 2011. Cap. 7; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 435 e ss; JUSTEN FILHO,

Em outras ocasiões, no entanto, quando o sistema legal não oferecer uma única resposta possível; deixar lacunas para interpretação; ou, ainda, valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, está-se diante da possibilidade/necessidade de que o administrador público se valha da argumentação e de um processo de escolhas, a fim de encontrar a melhor resposta possível para a realização do interesse público em determinado caso concreto. Para essas situações, em que, de certo modo, dentro dos *standards* legais, o agente público encontra um espaço de livre decisão, diz-se que lhe é outorgado uma competência discricionária⁵¹².

Nesse sentido, a atividade administrativa, realizada notadamente através dos atos administrativos, pode ser concebida tanto de forma vinculada, quanto de forma discricionária. Ou seja, haverá situações em que o administrador irá se encontrar vinculado de forma estrita à lei, bem como outras situações em que possuirá um espaço livre para interpretações.

Deve-se atentar, conforme observa Gustavo Binenbojm, todavia, que tais espaços “livres” de decisão e interpretação se encontram sempre vinculados ao princípio da juridicidade, ou seja, mesmo nestes casos, o administrador encontra-se vinculado aos princípios constitucionais e à lei⁵¹³.

Tal afirmação leva o professor carioca a advertir que não há mais espaço para se levar em conta a antiga dicotomia entre atividade administrativa vinculada e discricionária no sentido de que, no que toca ao segundo tipo, o administrador estaria livre para decidir como bem entender, ao contrário do primeiro cuja vinculação à lei seria rigorosa. Segundo ele, hoje, considerando especialmente o fenômeno da

Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013. Cap. 7.

⁵¹² De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6 tiragem, São Paulo: Malheiros. 2003. p. 43). Ainda mais, sobre a competência discricionária da Administração Pública ver, também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. Cap. XIX; e FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 22, que define “[...] a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitando os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública”.

⁵¹³ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. p. 39 e ss.

constitucionalização do direito e, em especial, do direito administrativo, deve-se entender que a atividade administrativa se encontra sempre vinculada à juridicidade, gravitando somente no que se refere ao grau de vinculação⁵¹⁴.

Ainda mais, conforme bem aponta Juarez Freitas, “[...] toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras hierarquizadas”⁵¹⁵.

Nessa linha de raciocínio, a atividade discricionária da Administração Pública deve ser entendida como o poder de escolha que o administrador público detém, dentro dos limites impostos pela legalidade, para a realização da atividade administrativa. Poder de escolha esse que somente será legítimo, conforme aponta Almiro do Couto e Silva, “[...] dentro da área cujas fronteiras a lei demarca”⁵¹⁶.

É nesse sentido, ademais, que se pode falar em outro instituto importante para a presente discussão, qual seja, o dos conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque, também possuem, em regra, uma área de livre atuação da Administração Pública⁵¹⁷.

Referem-se a situações em que o aplicador do conceito se depara com uma margem de valoração, o que leva, inclusive, conforme aponta Paulo Ricardo Schier, parte da doutrina “[...] a afirmar que dos conceitos jurídicos indeterminados decorre, necessariamente, um campo de apreciação discricionária”⁵¹⁸.

Eles possuem, em tese, “[...] um alto grau de abertura e vagueza semântica, dependendo da construção do intérprete para apresentar a solução adequada ao caso concreto. São normas inacabadas, que dependem da aplicação do intérprete para conseguir uma complexa significação”⁵¹⁹. São exemplos dessas ocorrências quando

⁵¹⁴ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014. cap. 1.

⁵¹⁵ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 8.

⁵¹⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 54.

⁵¹⁷ Ibidem, p. 57.

⁵¹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 150-151.

⁵¹⁹ BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/102556>>. Acesso em: 23 nov. 2017. p. 140.

a lei, por exemplo, se vale de termos como boa-fé, padrão de conduta do homem médio, preço justo, falta de probidade e etc⁵²⁰.

O que leva a afirmar que os conceitos jurídicos indeterminados, “[...] em larga medida podem criar uma situação de insegurança jurídica no momento de sua aplicação, o que determina a necessidade de certo controle a partir de padrões jurídicos ou *standards* constitucionais tais como a vinculação do ato com a finalidade constitucional, a razoabilidade e a proporcionalidade”⁵²¹.

Veja-se, portanto, que nestes casos o aplicador do direito também necessita se valer de uma carga argumentativa para encontrar a melhor resposta para o caso específico, através da interpretação constitucional. Parece certo supor que, quando se deparar com conceitos indeterminados, o administrador público terá, em inúmeras situações, um campo aberto para interpretação e decisão de forma a possibilitar o melhor resultado possível para a consecução do interesse público, respeitando, sempre, o princípio da juridicidade.

Todavia, há um problema que se impõe a respeito de tal afirmação, vez que, para parte da doutrina, haveriam distinções importantes entre a ideia de discricionariedade propriamente dita e a de conceitos jurídicos indeterminados. A principal celeuma arguida refere-se ao fato de que, em regra, os conceitos jurídicos indeterminados possuiriam ampla sindicabilidade perante o Poder Judiciário quando de sua aplicação pela Administração Pública, em sendo o caso; ao ponto que, no que toca à discricionariedade administrativa, o controle judicial seria limitado, encontrando como barreira o seu mérito⁵²².

É esse, inclusive, o posicionamento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, para quem os conceitos jurídicos indeterminados possuiriam uma zona de certeza, permitindo uma única aplicação justa para o caso concreto e, conseqüentemente, estaria o juiz livre para fiscalizar tal aplicação “[...] avaliando se a solução à qual se chegou com ela é a única solução justa que a Lei permite”. Em contraponto, a discricionariedade ensejaria uma liberdade de escolhas por parte do

⁵²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 466.

⁵²¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 154.

⁵²² Para uma discussão aprofundada sobre a divergência doutrinária entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, ver, dentre outros: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, p. 165-185, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/ojs/index.php/revdir/article/view/1238/789>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

administrador, vez que geralmente fundada em critérios extrajurídicos relativos à oportunidade, economicidade e etc., de sorte que o controle jurisdicional estaria adstrito tão somente ao controle de legalidade, não podendo interferir no processo de escolhas⁵²³.

Segundo os autores, os conceitos jurídicos indeterminados, ao contrário da discricionariedade, delimitariam uma “[...] única solução justa, cuja procura vinculada a Administração deve fazer quando cabe a ela sua aplicação, e cujo controle último, por ser um controle de legalidade, é acessível ao juiz”⁵²⁴.

Nessa seara, Almiro do Couto e Silva expõe de forma objetiva a dicotomia existente entre ambas as formas de controle. De acordo com o autor:

em conclusão, relativamente à diferença, quanto à sindicabilidade judicial, dos atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados e dos que envolvem exercício de poder discricionário é possível resumir do seguinte modo:

- a) O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite *a priori* estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa.
- b) O exame judicial dos atos administrativos que envolvem o exercício de poder discricionário está, *a priori*, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexamínável pela autoridade judiciária⁵²⁵.

O ponto central da questão estaria, então, no fato de que, no tocante aos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não haveriam, em tese, limites para o seu controle, vez que existiria uma única resposta correta quando da análise do caso em concreto; por sua vez, no que se refere aos atos administrativos que envolvem o exercício da discricionariedade, o controle estaria adstrito à legalidade, uma vez que haveriam espaços de livre interpretação e conformação por parte do administrador público.

⁵²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 466 e ss.

⁵²⁴ Ibidem, 466.

⁵²⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170>>. Acesso em: 17 out. 2017. p. 60.

Todavia, a questão que deve ser colocada em pauta a partir de tais construções teóricas refere-se, especialmente, sobre a existência de juízos discricionários mesmo dentro do âmbito de incidência dos conceitos jurídicos indeterminados. Este é inclusive o posicionamento de maior parte da doutrina brasileira, conforme aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁵²⁶.

De acordo com referida autora, torna-se difícil acreditar que não existirão situações em que “[...] mais de uma interpretação será igualmente sustentável, não se podendo afirmar objetivamente que uma opinião divergente daquela que se tenha será errada ou incorreta ou que terá violado a lei, transgredindo o direito”⁵²⁷.

Além do mais, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, os conceitos indeterminados possuem, em si, um “conteúdo mínimo indiscutível”, ou seja, possuem uma “zona de certeza positiva” em que não surgiriam dúvidas quanto à sua aplicação no mundo jurídico, necessitando, todavia, do exercício interpretativo do aplicador do direito, balizando, dentro das possibilidades possíveis, o sentido do enunciado⁵²⁸.

Leve-se em conta, ademais, que “[...] o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos e imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde”⁵²⁹.

Ou seja, parece certo afirmar que, mesmo no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, haverá hipóteses em que o administrador terá que se valer de sua competência discricionária para encontrar o sentido de tal disposição considerando as situações fáticas e jurídicas presentes no momento, respeitando, contudo, o conteúdo mínimo indiscutível, a zona de certeza positiva.

Desse modo,

[...] em muitas ocasiões, mesmo recorrendo-se a todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, exatamente porque o conceito é impreciso, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito, e o administrador, como primeiro aplicador deste, poderá optar por uma entre várias condutas possíveis, desde que igualmente razoáveis⁵³⁰.

⁵²⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, p. 165-185, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/ojs/index.php/revdir/article/view/1238/789>>. Acesso em: 09 dez. 2017. p. 168.

⁵²⁷ Ibidem, p. 169.

⁵²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6 tiragem, São Paulo: Malheiros. 2003. p. 28

⁵²⁹ Ibidem, p. 31.

⁵³⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. Cit., p. 170.

Pois, é certo que “[...] a indeterminação dos conceitos normativos nunca será abolida inteiramente”, como bem pontua Juarez Freitas⁵³¹. Diante disso, parece certo abraçar a ideia de adoção dos conceitos jurídicos indeterminados e de competência discricionária da Administração Pública como “[...] manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”⁵³².

Pode-se denotar que estariam ambos os fenômenos interligados, considerando que em não raras vezes o administrador público deve se valer de seu poder discricionário, inclusive, para preencher as lacunas deixadas pelos conceitos jurídicos indeterminados. Afinal, “a extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração Pública mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do *tipo* de conceito utilizado pelo texto legal”⁵³³.

Desse modo, entende-se, no presente trabalho, que em inúmeros casos – não necessariamente todos – que envolvam a aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, o administrador público deverá se valer do instituto da discricionariedade para encontrar a melhor solução possível para o caso concreto posto em análise.

Essa afirmação tem grande importância para a presente discussão uma vez que é exatamente no campo da discricionariedade que a utilização dos precedentes administrativos possui um peso maior, vez que, pautado especialmente nos princípios da igualdade, segurança jurídica, eficiência, moralidade, boa-fé e legalidade, a Administração Pública se vincula a tomar as mesmas decisões já tomadas no passado para os casos futuros que possuam similaridades no que concerne aos seus pressupostos fáticos e jurídicos⁵³⁴.

Ou seja, é no campo da discricionariedade que a vinculação da Administração Pública às suas próprias decisões ganha força, vez que, conforme já visto, são nestes casos em que a aplicação do direito pode possuir mais de uma resposta correta, que não se pode correr o risco e se aceitar que para casos similares, o administrador

⁵³¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. p. 9.

⁵³² KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, 2004. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/downloads/rev08.pdf#page=177>>. Acesso em: 22 nov. 2017. p. 195.

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 24, 1957, p. 75-116. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. p. 98.

público tome decisões diferentes, mesmo que dentro dos parâmetros legais estabelecidos pela lei.

Isso se justifica, vez que, em regra, quando de uma atuação vinculada da Administração à lei de forma estrita, posicionamentos diversos não existiriam, pois, a aplicação legislativa estaria apenas dando cumprimento ao disposto no texto legal, não havendo espaços para interpretações diversas, sob pena de estar o administrador agindo ilegalmente⁵³⁵. De toda sorte, não se nega a possibilidade de que, mesmo no que se refere aos comandos legais que possuem objetividade absoluta, soluções controversas também tomem forma, de modo que os precedentes administrativos também possuem seu valor e aplicabilidade nestes casos⁵³⁶.

Esta ideia, então, de vinculação da Administração Pública às suas próprias decisões, especialmente nos campos em que a decisão depende de juízo discricionário, decorre, também, da própria teoria da autovinculação administrativa para com seus próprios atos. Isso porque, “a autovinculação administrativa, em sentido estrito, denota uma hipótese importante de redução da discricionariedade, no âmbito dos atos concretos da Administração Pública, de invocação especialmente útil para impedir atuações caprichosas de agentes públicos ou alterações repentinas no padrão decisório do Poder Público”⁵³⁷.

Veja-se, portanto, que a ideia de utilização dos precedentes administrativos encontra-se vinculada à própria ideia de autovinculação administrativa⁵³⁸ e isso remete à noção de que, mesmo no âmbito de sua competência discricionária, a Administração Pública encontra-se vinculada às suas decisões anteriormente decididas, isto é, encontra-se “autovinculada ao precedente”, como ressalta Paulo

⁵³⁵ Este inclusive é o posicionamento de José Ortiz Díaz (DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 24, 1957, p. 75-116. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>).

⁵³⁶ Nesse sentido são os posicionamentos de Gustavo Marinho de Carvalho e Luis Díez-Picazo, por exemplo, para quem, mesmo nos casos de vinculação estrita aos preceitos legais, toda aplicação de determinada norma jurídica é passível de interpretação prévia, de sorte que mesmo nos casos de vinculação, entendimentos diversos sobre a mesma norma podem existir, concluindo, ambos os autores, portanto, pela importância dos precedentes administrativos mesmo nestes casos (DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, Mayo-Ago., 1982, p. 7-46. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049637>>. p. 28 e ss.; CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p.163).

⁵³⁷ MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017. p. 2.

⁵³⁸ CARVALHO, Gustavo Marinho de. Op. Cit., p. 115.

Modesto, vez que há uma predeterminação de que mantenha um padrão decisório igual aos anteriores quando da análise de casos futuros⁵³⁹.

A fundamentação jurídico-constitucional que implica na solução aqui proposta encontra respaldo nos já mencionados princípios inerentes ao regime jurídico administrativo (vide tópico 3.1), bem como na própria Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99), notadamente em seus artigos 2º e 50⁵⁴⁰. A partir da leitura de ambos os dispositivos legais, em conjunto com os princípios constitucionais da segurança jurídica⁵⁴¹, igualdade, boa-fé, legalidade, eficiência e moralidade, torna-se possível extrair a fundamentação para a eficácia vinculante dos precedentes administrativos⁵⁴².

O artigo 2º da Lei de Processo Administrativo impõe à Administração Pública a obediência aos princípios constitucionais, aduzindo, inclusive, que no âmbito do processo administrativo, deverá, necessariamente, o Poder Público observar determinados critérios. Veja-se:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade,

⁵³⁹ MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017. p. 2.

⁵⁴⁰ Sobre a fundamentação da autovinculação da Administração Pública às suas decisões pretéritas no Brasil, Daniel Wunder Hachem sustenta que, por mais que não exista regra positivada explícita a respeito no cenário brasileiro, considerando o fato de que a Administração Pública deve prestar respeito, para além das regras, também aos princípios constitucionais a si inerentes, sedimentam-se os elementos necessários para justificar e demandar o respeito aos precedentes administrativos. Além disso, ressalta o autor paranaense, também, que do artigo 50, VII, da Lei do Processo Administrativo, é possível “[...] extrair implicitamente a força vinculante dos precedentes administrativos”. Para aprofundamento no estudo a respeito do posicionamento do autor, ver: HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 70 e ss.

⁵⁴¹ Aqui, uma observação interessante deve também ser feita: existe em tramitação no Senado Federal um projeto de lei que busca incluir no texto do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) disposições específicas sobre o princípio da segurança jurídica e da eficiência na criação e aplicação do direito público. Nesse tocante, dois artigos constantes do projeto são importantes para a teoria dos precedentes administrativos, quais sejam, os artigos 24 e 25, vez que dispõem, já no artigo 24, a respeito da necessidade de que a revisão da validade dos atos, contratos, normas administrativas e etc., sejam da esfera administrativa, controladora ou judicial devem, necessariamente, levar em conta as orientações gerais que levaram à tomada de decisão à época, restando vedada a declaração de invalidade das relações já constituídas com base em mudanças posteriores de orientações gerais. Além disso, o artigo 25 do mesmo projeto, dispõe sobre a possibilidade de que, por razões de manutenção da segurança jurídica de interesse geral, o ente proponha ação declaratória de validade do ato, norma administrativa, contrato e afins, cuja a sentença fará, inclusive, coisa julgada *erga omnes*. Perceba-se, assim, a preocupação do próprio legislador em manter um cenário de segurança jurídica, buscando não permitir que mudanças de posicionamento afetem as relações jurídicas já consolidadas, bem como que as novas decisões devem levar em consideração estes mesmos posicionamentos, a fim garantir um cenário de confiabilidade.

⁵⁴² CARVALHO, Gustavo Marinho de. Op. Cit., p. 131.

moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Nesse diapasão, o disposto no inciso XIII, parágrafo único, do referido artigo possui importância ímpar, vez que ao dispor que a Administração Pública está obrigada a interpretar a norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do interesse público, sendo vedada aplicação retroativa de nova interpretação, faz menção clara à necessidade, senão obrigatoriedade, de que o Poder Público vincule-se às suas decisões anteriores, restando vedada a aplicação de interpretações diversas que causem surpresas aos administrados e, principalmente, que causem decisões não igualitárias.

Perceba-se, dessa maneira, que esta é a própria intenção dos precedentes administrativos: garantir racionalidade, igualdade e segurança nas decisões administrativas, impedindo tratamentos díspares entre os cidadãos.

A interpretação de tal dispositivo conduz ao entendimento de que “as razões que levam a uma determinada interpretação administrativa devem ser mantidas até que uma nova interpretação, devidamente justificada, realize mudança de critério, seja adotada e comece a ser aplicada a partir de então”. Assim, novas interpretações legais

teriam somente eficácia para o futuro e necessitariam, invariavelmente, de um processo de justificação e argumentação apto a demonstrar o porquê de se adotar posicionamento contrário ao precedente existente⁵⁴³.

Desta interpretação dada ao inciso XIII, parágrafo único, do artigo 2º da Lei de Processo Administrativo, pode-se retirar ao menos dois outros pontos importantes para a teoria dos precedentes, quais sejam: a) da possibilidade de que um precedente seja superado quando a sua aplicação não se coadune mais com as realidades fáticas e jurídicas do presente, dando-lhe uma nova interpretação (lembre-se, aqui, da técnica do *overruling* referenciado no primeiro capítulo da segunda parte do presente trabalho) ou deixando de aplicá-lo ao caso concreto específico, ante a divergência entre as situações de fato (técnica do *distinguish*, também mencionada no primeiro capítulo da segunda parte); e b) da importância indissociável da motivação do ato que pretende superar ou deixar de aplicar determinada decisão autovinculativa.

Especialmente no que se refere à motivação, requisito essencial do ato administrativo, inclusive, como bem ensinam Philip Gil França⁵⁴⁴ e Juarez Freitas⁵⁴⁵, a Lei de Processo Administrativo também dispôs expressamente sobre a sua importância em seu artigo 50:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

⁵⁴³ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 194.

⁵⁴⁴ Sobre a motivação como elemento essencial do ato administrativo, ver: FRANÇA, Philip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014. p. 41 e ss.

⁵⁴⁵ Sobre o dever de motivação dos atos administrativos, ver: FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009. Cap. III.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

A peça chave deste dispositivo para a teoria dos precedentes administrativos encontra-se no seu inciso VII ao dispor que o administrador público deve, necessariamente, se valer da justificação (motivação) quando exarar ato que discrepe do já decidido anteriormente pelo Poder Público, ou seja, das jurisprudências, pareceres, laudos, propostas, relatórios oficiais e etc. Perceba-se, assim, que ao se evidenciar a necessidade de justificação, referido dispositivo está a exigir uma alta carga argumentativa por parte do intérprete para que não se aplique determinado precedente, de sorte que se valer de teorias e técnicas coerentes para tanto, como é o caso da teoria de Robert Alexy já referenciada na presente pesquisa, ganha um valor metodológico ainda maior.

Ao comentar referido dispositivo legal, ainda, Gustavo Marinho de Carvalho faz importante ponderação ao afirmar que o seu conteúdo possui caráter meramente exemplificativo, de sorte que os precedentes administrativos devem, também, por ele ser abarcados⁵⁴⁶.

Dessa maneira,

[...] se é possível concluir que a Lei de Processo Administrativo *exige* a motivação de atos administrativos que também divirjam de precedentes administrativos, tal como ocorre nos precedentes judiciais, pode-se concluir que eles possuem efeito vinculante até o momento em que são superados. É dizer: *a específica exigência de motivação dos atos que destoem dos precedentes administrativos significa que estes possuem relevância jurídica e que a falta de motivação, ou a motivação insuficiente, do ato que inobserva o precedente administrativo, acarreta uma consequência jurídica, qual seja, a invalidade do ato administrativo*⁵⁴⁷.

Nesta senda, Romeu Felipe Bacellar Filho e Saulo Lindofer Pivetta bem pontuam a importância da motivação do ato decisório como critério “[...] imprescindível para se averiguar a observância de outros deveres da Administração Pública, como o respeito à moralidade, à impessoalidade e à própria legalidade”. Pois, “afinal, se não demonstrados os pressupostos fáticos e jurídicos da decisão, a atividade de controle

⁵⁴⁶ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 146.

⁵⁴⁷ Ibidem.

torna-se muito mais dificultosa, pois os caminhos trilhados pelo administrador até sua decisão final acabam por ficar, em muitos casos, inalcançáveis”⁵⁴⁸.

Ademais, fica ainda mais clara a importância da motivação dos atos administrativos quando se analisa o próprio conteúdo do §1º, do artigo 50, da Lei de Processo Administrativo, sob a interpretação de que “[...] a motivação deve ser explícita, clara e congruente, de modo a permitir a efetiva demonstração da legalidade e constitucionalidade do ato”⁵⁴⁹.

Com isso, pode-se perceber que a própria legislação infraconstitucional pátria dá embasamento aos precedentes administrativos, especialmente ao regular a exigência de motivação para que determinada decisão administrativa precedente deixe de ser aplicada, impondo o devido respeito ao já decidido anteriormente (art. 50, VIII, Lei 9784/99)⁵⁵⁰. Tem-se ainda que deixar-se de aplicar ou superar-se determinado entendimento anterior somente será possível através de um amplo processo de justificação e motivação, restando a sua eficácia somente para o futuro, ou seja, vinculando a atividade administrativa do caso presente ao já decidido nos casos anteriores (art. 2º, p. único, XIII, Lei 9784/99).

Diante disso, torna-se perceptível, a partir da análise conjunta dos princípios constitucionais inerentes ao regime jurídico administrativo e dos dispositivos legais supramencionados, que a Administração Pública tem o dever de se vincular às suas decisões anteriores, de modo a garantir um cenário de segurança jurídica e estabilidade para todos os administrados, não estando autorizada a modificar seus

⁵⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/75/336>>. Acesso em: 24 jan. 2018. p. 121.

⁵⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁵⁰ Neste sentido é, inclusive, o posicionamento de Daniel Wunder Hachem ao analisar o artigo 50 da, inciso VII, da Lei 9.784/1999, aduzindo que: “há, (...) uma disposição da Lei de Processo Administrativo Federal da qual se pode extrair implicitamente a força vinculante dos precedentes administrativos. Trata-se do art. 50, VII, da Lei nº. 9.784/99, segundo o qual deverão ser expressamente motivados os atos administrativos que ‘deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais’. Se a mudança de orientação da Administração Pública em relação à sua jurisprudência haverá de ser especialmente motivada, e se a ausência de motivação suficiente quando a lei explicitamente a exige gera nulidade do ato, pode-se concluir que enquanto não houver uma justificativa robusta, derivada de fatos supervenientes capazes de modificar a interpretação administrativa acerca das normas jurídicas aplicandas, o respeito aos precedentes será obrigatório” (HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba. p. 474).

posicionamentos quando da análise dos casos no presente. Eventuais mudanças de posicionamento somente poderão ocorrer quando se demonstre de forma motivada, através de um amplo processo de argumentação por parte do administrador público que, por questões de interesse público, há uma necessidade de se modificar os posicionamentos anteriormente fixados.

De acordo com Daniel Wunder Hachem, “enquanto não houver razões suficientes para promover justificadamente a superação do precedente com vistas a satisfazer outras finalidades claramente estampadas em normas jurídicas, ele deverá ser respeitado pela Administração Pública”⁵⁵¹.

Essas asserções, por sua vez, levam a outro ponto importante a ser revelado no presente trabalho, qual seja: da importância do processo administrativo para a construção dos precedentes administrativos. O processo administrativo é importante ferramenta para o Estado Democrático de Direito e, especialmente, para o direito administrativo, pois “[...] possibilita a regulação do exercício da competência (garantia geral de estrutura do ordenamento jurídico) e age como instrumento de proteção do indivíduo perante a ação daquela competência”. Ou seja, “na relação entre Administração e cidadãos, técnicas processuais tutelam competência para aquela e direitos e liberdades para estes”⁵⁵².

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a existência de um devido processo administrativo para as relações entre a Administração Pública e os administrados é um importante instrumento de garantia destes primeiros em face das prerrogativas do segundo⁵⁵³.

Pois, o processo administrativo se traduz em “[...] uma sucessão itinerária de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”⁵⁵⁴, funcionando como uma garantia do cidadão em face da atuação do Administrador, impondo-lhe limites que visem resguardar os seus direitos⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 71.

⁵⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2012. p. 62.

⁵⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014. p. 494.

⁵⁵⁴ Ibidem, p. 495.

⁵⁵⁵ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62.

Partindo-se de tais premissas, portanto, ao considerar que o processo administrativo é um instrumento que visa garantir os interesses dos cidadãos em face das prerrogativas da Administração Pública e que, ademais, ele se desenvolve a partir da consecução de inúmeros atos com o intuito de se chegar a um resultado final, é que se torna possível encontrar a exteriorização de um precedente administrativo.

Explica-se: considerando que o precedente administrativo é uma decisão exarada pela Administração Pública que resolve determinado caso concreto posto à sua análise e que terá efeito vinculante para as demais decisões tomadas no futuro que possuam o mesmo suporte fático, o processo administrativo se torna importante instituto para a própria formulação da decisão administrativa, vez que é, a partir da construção da racionalidade de decidir que ocorreu dentro do próprio processo – do encontro da *ratio decidendi* da decisão – que o precedente encontra, também, sua força vinculante e justificativa.

A partir dos argumentos trazidos pela parte interessada, bem como da devida análise dos fatos e pressupostos jurídicos do caso concreto, através de um amplo processo de argumentação, é que o precedente toma forma. Neste momento, se torna possível encontrar quais foram as razões de fato que levaram à decisão, bem como se houveram vícios em sua formulação.

Afinal, para que uma decisão possa ser considerada de fato como um precedente administrativo, para além do respeito aos pressupostos legais e constitucionais já mencionados, devem ser respeitados outros aspectos importantes, tais como: identidade subjetiva do órgão público, ou seja, as decisões administrativas somente vinculam quando foram exaradas pelo mesmo órgão que decidirá o caso presente; que reste comprovado que as situações fáticas e jurídicas do caso em análise possuem similaridade com a *ratio decidendi* da decisão paradigma; identidade das normas jurídicas superiores, isto é, não houve mudança legislativa que afete a forma como a celeuma será decidida; e, por fim, que o ato administrativo paradigma seja legal, ou seja, tenha respeitado ao princípio da legalidade⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Para aprofundamento sobre os requisitos formais do precedente administrativo, ver: CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 148 e ss.; e LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. 173 e ss; e HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 71-72, para quem: “para que o precedente administrativo adquira força vinculante, deverão estar presentes os seguintes pressupostos: (i) tratar-se de um precedente da mesma entidade da Administração Pública que decidirá o novo processo; (ii) existir identidade de

Compartilhando tal visão, ressalta Juliana Cristina Luvizotto, que “a legitimidade do uso dos precedentes decorre, dentre outras razões, do próprio processo percorrido para a sua elaboração [...]”⁵⁵⁷, de sorte que

Quanto maior a incorporação do devido processo legal na atividade decisória judicial ou administrativa, mais legítimas tornam-se as decisões, ou seja, em se observando as regras processuais, especialmente as relativas ao direito à ampla defesa, ao contraditório, à motivação, ao convencimento racional do julgador e a imparcialidade, tornam-se mais legítimas as decisões tomadas – que formam precedentes –, posto que capazes de não apenas levar em consideração opiniões divergentes, mas também de condensá-las para um resultado. Neste sentido, pode-se dizer que um precedente será considerado mais legítimo e terá propensão a ser mais respeitado, quanto mais ele seja o resultado de um processo administrativo que observe as normas relativas ao devido processo legal e às garantias de participação, motivação e racionalidade da decisão⁵⁵⁸.

Destarte, considerando todas as premissas até aqui levantadas, pode-se tentar refinar o conceito de precedentes administrativos construído ao final do tópico 2.1, segunda parte, do presente trabalho. Acredita-se que uma definição que abarque as intenções deste estudo se traduza da seguinte maneira: *um precedente administrativo pode ser entendido como um instrumento de vinculação das decisões administrativas pretéritas às decisões administrativas futuras, resultantes do devido processo administrativo, com ênfase maior no campo da discricionariedade administrativa e para a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente em matéria de direitos fundamentais, que preste respeito a todos os dispositivos constitucionais e, em especial, ao regime jurídico administrativo, garantindo maior efetividade na realização das prestações jusfundamentais e, por via de consequência, da realização do interesse público, garantindo um cenário de*

objetos entre a questão fática e jurídica apreciada no precedente e no novo processo; (iii) serem ainda válidas e eficazes as normas jurídicas incidentes a respeito do precedente e da nova situação submetida à apreciação estatal; (iv) referir-se a um precedente compatível com o ordenamento jurídico, já que não se poderá invocar decisões antijurídicas pretéritas como fundamento para estender ao novo processo uma orientação contrária ao Direito; (v) tratar-se de um precedente favorável ao cidadão, pois nada impede que a Administração que antes negava a concessão de um direito aos indivíduos, perceba que sua orientação anterior era equivocada, dissonante do sistema normativo e prejudicial à cidadania, modificando então o seu entendimento para, dali em diante, passar a satisfazer aquela pretensão jurídica deduzida no processo administrativo; (vi) inexistirem razões suficientemente fortes que demonstrem a existência de um interesse público concreto, obrigatoriamente deduzido de uma disposição normativa específica, que demande a modificação fundamentada da *práxis* administrativa habitual em situações futuras”.

⁵⁵⁷ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 176.

⁵⁵⁸ Ibidem, p. 176-77.

legalidade (este entendido a partir da concepção trazida de juridicidade), moralidade, igualdade, segurança jurídica, boa fé e eficiência para todos os cidadãos.

A partir desta definição, então, resta, por fim, analisar a aplicabilidade e as consequências da utilização dos precedentes pela Administração Pública especificamente na seara dos direitos fundamentais, para demonstrar que o seu uso pode ter como consequência uma maior realização dos direitos fundamentais, bem como acarretar como resultado direto a desjudicialização destas pretensões hoje existentes no Poder Judiciário.

Acredita-se que a vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos pode acarretar ao menos duas consequências positivas importantes para o direito administrativo e, principalmente, para o papel da Administração Pública brasileira, traduzindo-se diretamente na realização dos direitos fundamentais, em especial os de cunho social, de forma igualitária, segura, eficiente e, conseqüentemente, dando cumprimento aos desejos constitucionais insculpidos na Carta Constitucional de 1988.

Pois bem. Como primeira consequência, deve-se rememorar o já trabalhado no primeiro capítulo desta pesquisa (capítulo 1, tópico 1.1, da parte I) a respeito da competência primeira da Administração Pública em realizar os direitos fundamentais da melhor forma possível. A partir desta premissa, a compreensão a que se deve chegar refere-se à necessidade de que a Administração Pública busque instrumentos que sejam aptos a realizar e proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos, de forma a respeitar os preceitos constitucionais e legais. É nesse sentido, então, e diante do seguinte cenário, que o argumento de utilização dos precedentes como instrumento de realização de direitos fundamentais pela via administrativa ganha força:

Em não raras vezes as decisões administrativas, especialmente na seara dos direitos fundamentais, são inefetivas, deixando de dar cumprimento integral ao texto constitucional. Exemplo desta afirmação foram os dados trazidos no segundo capítulo da parte 1 do presente texto, em que se buscou demonstrar o alto nível de demandas judiciais que visam realizar direitos fundamentais, notadamente na área da saúde, ante a uma conduta negativa da Administração que deixou de prestar tais direitos da forma devida.

Além disso, outro ponto que pode ser observado, é que, em inúmeros casos, a Administração Pública profere decisões divergentes para casos substancialmente

iguais, sem a devida justificação para tanto, criando um cenário de desigualdade jurídica entre os cidadãos. Explica-se: Em determinados casos há uma prestação de determinado direito para um certo número de cidadãos e, em outros casos, para outros administrados que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares, há, pelo contrário, uma negativa, sem que existam motivos contundentes para tanto. Isso se justifica, conforme aponto Gustavo Marinho de Carvalho, diante do fato que, cada vez de forma mais comum, juízes e administradores públicos tem em suas mãos “[...] a missão de revelar o sentido efetivo das normas jurídicas, o que, de certa forma, debilita as garantias dos cidadãos, à mercê da capacidade e dos humores destes aplicadores”⁵⁵⁹.

O que se percebe são decisões disformes que não respeitam qualquer racionalidade jurídica, causando um cenário de insegurança jurídica e desigualdade dentro da sociedade. O fato de que os cidadãos não possuem certeza e estabilidade de qual será o resultado de sua pretensão causa ferimento aos pressupostos do Estado Democrático e de Direito e, principalmente, aos direitos fundamentais.

Assim, entender a necessidade de que a Administração Pública brasileira adote uma teoria dos precedentes administrativos proferindo, a partir de então, decisões racionais, devidamente motivadas levando em conta as peculiaridades do caso concreto posto em análise, especialmente na seara dos direitos fundamentais, é essencial para a concretização do modelo de Administração Pública ensejado pelo texto constitucional de 1988.

A fim de clarificar tais afirmações, imagine-se a seguinte situação: em determinado caso envolvendo o fornecimento de certo medicamento pelo Estado – direito fundamental à saúde – um determinado número de cidadãos que se encontram em situações fáticas e jurídicas similares pleiteia administrativamente a sua concessão. Referido pedido é deferido pelo Administrador Público e, conseqüentemente, tais cidadãos recebem a sua prestação fundamental. Pouco tempo depois, outros cidadãos que também se encontram em situações fático-jurídicas similares àqueles primeiros, fazem pedido envolvendo a concessão do mesmo medicamento. Todavia, o agente público responsável por tal decisão é, agora, outro e decide contrariamente ao já estabelecido anteriormente, ou seja, nega o pedido dessa segunda parcela de cidadãos. Há nitidamente neste caso uma violação

⁵⁵⁹ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 28.

aos princípios constitucionais que embasam o regime-jurídico administrativo, especialmente no que toca à igualdade e segurança jurídica, vez que a Administração Pública passou a tratar os cidadãos de forma desigual⁵⁶⁰.

Este é exatamente o tipo de comportamento que os precedentes administrativos buscam solapar. A partir do momento em que a Administração Pública decide de determinada forma, concedendo direitos a certa parcela dos cidadãos, ela encontra-se vinculada a essas mesmas decisões por força do ordenamento jurídico, não podendo mudar seu posicionamento para o caso presente, sob pena de causar um cenário de insegurança e desigualdade, violando direitos e garantias fundamentais.

Essas proposições se tornam mais claras em matéria de direitos fundamentais, justificando inclusive o recorte metodológico do presente trabalho nesta vertente, uma vez que, partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais devem ser realizados de forma imediata, independentemente de norma posterior que os regule (§1º, artigo 5º, CF/88) e de que é função primordial da Administração Pública promover o interesse público e este se traduz na efetivação e proteção dos direitos fundamentais da melhor forma possível, a vinculação da Administração às suas próprias decisões ganha ainda mais força, pois está a consagrar mais um instrumento apto para a realização de seus fins constitucionais.

⁵⁶⁰ Outro exemplo interessante apto a clarificar tal ideia é trazido por Daniel Wunder Hachem, veja-se: “Imagine-se a situação em que diversas famílias estejam, há anos, ocupando imóveis públicos em um mesmo bairro, localizados em área de preservação permanente, e que diversas delas cumpram as exigências previstas no art. 1º da medida provisória nº 2.220/01 para receberem a concessão especial de uso para fins de moradia. Por se tratar de lotes inseridos em uma região destinada à proteção ambiental, o art. 5º, III, do referido diploma confere uma competência discricionário para a Administração deliberar se será mais conveniente e oportuno conceder o título naquele lugar ou removê-las para outro local providenciado pelo Poder Público. As famílias pretendem manter-se na região por estarem há anos ali situadas, já tendo formado raízes e laços sociais na vizinhança. A autoridade pública competente defere os pedidos de concessão especial de uso para algumas famílias na própria localidade, apoiada em parecer técnico atestando que a permanência da comunidade na área não acarreta danos ao meio-ambiente. Formam-se, pois, *precedentes administrativos*, favoráveis à tutela administrativa do direito fundamental à moradia. Posteriormente, um novo agente assume a função encarregada da apreciação desses pedidos e indefere novos pleitos, ainda não apreciados, de famílias vizinhas daquelas que obtiveram a concessão, sob o argumento de que o simples fato de tratar-se de área de preservação permanente justificaria o exercício da faculdade discricionária de negar a outorga dos títulos às famílias naquele local. A conduta administrativa, nesse caso, será ofensiva aos princípios da igualdade, impessoalidade e segurança jurídica, visto que a Administração terá dispensado tratamento anti-isonômico aos grupos que obtiveram a negativa de proteção do seu direito social. Eles poderão, por isso, postular judicialmente a condenação do Estado a fornecer a concessão, haja vista o preenchimento dos pressupostos básicos para tanto somado à existência de *precedentes administrativos* benéficos à satisfação de um direito fundamental social”. (HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 73-74).

Pensando-se especialmente nos direitos fundamentais sociais, tais como saúde, educação, transporte e moradia, que exigem de forma mais clara uma ação administrativa para a sua realização e que, por sua natureza, devem ser prestados a uma coletividade, obter decisões fundamentadas de forma racional e que levem em consideração as peculiaridades do caso concreto, eleva ainda mais a importância de que a Administração se vincule às suas próprias decisões, vez que são direitos intimamente ligados com a ideia de desenvolvimento⁵⁶¹ e devem, assim, ser realizados de forma isonômica e segura para todos os cidadãos.

Afinal, repise-se, esta é a ideia central da vinculação aos precedentes administrativos: permitir racionalidade às decisões administrativas, promovendo igualdade, segurança jurídica e uma verdadeira ponderação dos interesses colocados em jogo, através da confiança dos administrados nas autoridades administrativas, permitindo “que o ordenamento jurídico se respeite e amadureça de maneira sinérgica para com as suas próprias aspirações, demandas e necessidades da sociedade, através da coerência das decisões administrativas”⁵⁶².

Atente-se, ademais, que para o cidadão a existência de uma teoria dos precedentes administrativos traz como benefício, ainda, o fato de que para requerer determinada pretensão basta demonstrar que a Administração Pública já decidiu anteriormente sobre o assunto e que se encontra em situações fáticas e jurídicas substancialmente iguais as existentes no caso anterior. E, em havendo uma decisão que vá contra o precedente administrativo firmado, poderá o cidadão buscar o Poder Judiciário e reivindicar o seu direito com fundamento no precedente não cumprido⁵⁶³, ou seja, o próprio controle judicial da decisão administrativa se torna mais claro e racional, vez que bastaria, tão somente, a análise do descumprimento do precedente firmado administrativamente para que a prestação jurídica fosse entregue.

Essa questão leva a outro ponto importante, ainda, que se refere à necessidade de que a Administração Pública preste respeito aos precedentes judiciais pacificados pelos Tribunais. Explica-se: em várias ocasiões existem decisões judiciais

⁵⁶¹ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 65.

⁵⁶² GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la universidad de Montevideo**, Año X, n. 20, p. 127-154. Universidad Externado de Colombia, 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/?tag=ano-x-2011-no-20>>. Acesso em: 27 nov. 2017. p. 153-54 (tradução livre).

⁵⁶³ HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 73.

reiteradas sobre um mesmo assunto que determinam a realização de determinado direito fundamental por parte da Administração Pública⁵⁶⁴. Isto é, comumente, uma pretensão fundamental é negada pela Administração Pública, mesmo se tendo ciência de que o Poder Judiciário irá reformá-la. Nestes casos, portanto, se traz como proposta que a Administração Pública preste respeito aos precedentes pacificados e reiterados do Poder Judiciário em matéria de direitos fundamentais.

Tal proposta, já em 1998, foi formulada por Juarez Freitas ao propugnar que a Administração Pública deveria prestar respeito aos precedentes iterativos do Poder Judiciário⁵⁶⁵. Nesse mesmo sentido, Daniel Wunder Hachem também já se posicionou, aduzindo que a Administração Pública quando já condenada judicialmente reiteradas vezes em matéria de direitos fundamentais sociais, através de decisões pacificadas dos tribunais locais ou superiores, em casos substancialmente similares, deve prestar respeito ao decidido para as decisões administrativas futuras⁵⁶⁶.

Ao respeitar as decisões judiciais irrecorríveis, a Administração Pública está a prestar respeito ao próprio sistema jurídico-constitucional, proporcionando credibilidade para a sua própria atuação. Ademais, é necessário reconhecer que “[...] o simples e firme acatamento das decisões judiciais pela Administração Pública, por si só, já desafogaria, sem celeumas, os nossos Tribunais, pois não há dúvida que a Administração Pública converteu-se na grande demandante ou demandada, no contexto que timbra pela imprevisibilidade de sua atuação”⁵⁶⁷.

A fundamentação jurídica que embasa tal pretensão encontra-se também nos princípios já supracitados do regime constitucional-administrativo fixado pela Constituição Federal de 1988, quais sejam, princípio da igualdade, segurança jurídica, moralidade, boa-fé, eficiência e, ainda mais, na própria ideia de economicidade⁵⁶⁸.

Afinal, não se pode conceber um cenário em que o Poder Público deixe de aplicar decisões judiciais pacificadas e reiteradas sob temas cujo qual já sabe o resultado. Seria ilógico sob a ótica do próprio sistema jurídico negar pedidos

⁵⁶⁴ Vide, novamente, exemplos do capítulo 2, primeira parte.

⁵⁶⁵ FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 117-123, jan. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>>. Acesso em: 14 set. 2017.

⁵⁶⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. p. 74.

⁵⁶⁷ FREITAS, Juarez. Op. Cit., p. 122.

⁵⁶⁸ Sobre tal afirmação, ver: HACHEM, Daniel Wunder. Op. Cit., p. 74 e ss.; FREITAS, Juarez. Op. Cit.

administrativos, tendo consciência de que irá, invariavelmente, ser condenado a prestá-los na via judicial⁵⁶⁹.

Assim, entende-se que, por força dos princípios inerentes ao regime jurídico e dos dispositivos constitucionais, deve a Administração Pública albergar as decisões judiciais pacificadas dos tribunais locais e superiores, transformando-as em seus próprios precedentes, possibilitando uma diminuição no mar de processos em que é parte, bem como, como consequência colateral, desafogando o próprio poder judiciário, prestigiando, assim, princípios como o da celeridade processual, economicidade e etc.

Ademais, ao não respeitar seus próprios precedentes em matéria de direitos fundamentais – sejam eles resultantes do respeito aos precedentes judiciais pacificados, sejam resultantes da própria atividade administrativa, a Administração Pública estará agindo inconstitucionalmente, vez que deixará de prestar respeito aos princípios a si iminentes e ao texto constitucional, restando clara a sua omissão. Nestes casos de não observância de determinado precedente administrativo, uma das consequências diretas que se formula é a de “[...] invalidação do ato administrativo contrário ao precedente e a observância do precedente administrativo incidente”⁵⁷⁰.

Além disso, em não se observando o precedente administrativo e, desse modo, havendo prejuízos ao cidadão, o Estado poderá ser responsabilizado pelos danos causados, sejam morais e/ou patrimoniais⁵⁷¹.

Sendo assim, pode-se chegar à seguinte conclusão: adotar uma teoria dos precedentes administrativos no Brasil condiz com uma proposta coerente para a realização dos direitos fundamentais pela via administrativa de forma racional, equânime e segura, prestando respeito aos princípios inerentes ao ordenamento jurídico e, ainda mais importante, consagrando o modelo administrativo ensejado pelo texto constitucional, conforme destacado no primeiro capítulo do texto. Ainda mais,

⁵⁶⁹ Perceba-se que com este entendimento não se pretende atentar contra as competências asseguradas pela Constituição Federal ao Poder Executivo, mantendo-se hígida a função de decidir os casos administrativos. Entretanto, a solução aqui sugerida, que toma como vinculante as decisões reiteradas dos Tribunais, fundamenta-se na ideia força de que é mais eficiente, garante maior segurança, e dá maior concretude ao princípio da igualdade, e aos demais princípios do regime jurídico administrativo, que a Administração Pública dê a deferência devida às decisões judiciais. Verifica-se, portanto, que não há afronta ao princípio da tripartição de poderes, mas a máxima submissão da atividade administrativa ao regime jurídico administrativo, inclusive no âmbito do contencioso administrativo.

⁵⁷⁰ CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 192.

⁵⁷¹ Ibidem, p. 193.

valer-se dos precedentes administrativos pode permitir ao administrador público ter mais segurança no momento decisório, garantindo estabilidade para o próprio sistema, permitindo maior coerência e celeridade nas suas decisões.

Não somente isso, mas a utilização dos precedentes administrativos como instrumento para a realização dos direitos fundamentais pode, a partir de sua operatividade, contribuir para o combate à corrupção, a partir do momento em que a autovinculação da Administração Pública às suas decisões exige posicionamentos mais robustos e relevantes, obrigando outros agentes públicos a analisa-los e considera-los para os casos similares futuros. Assim,

[...] a decisão do administrador indecoroso que beneficia a si mesmo ou a terceiro, mediante qualquer espécie de vantagem, reverbera para outros casos, o que facilita o seu desmantelamento, pois uma coisa é ter-se interpretado forçosamente um dispositivo legal e utilizá-lo em apenas um caso ou poucos casos, que podem ser maliciosamente encobertos, coisa bem distinta é tornar esta mesma interpretação obrigatória para todos os casos⁵⁷².

Ao se autovincular às suas próprias decisões em matéria de direitos fundamentais, então, a Administração Pública estará apta a prestar a tutela administrativa de forma ampla, coerente, célere, imediata e segura, dando cumprimento aos valores do Estado Democrático e de Direito Brasileiro, isto é: assegurando a todos os cidadãos o exercício dos direitos individuais e sociais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, nos termos insculpidos no preâmbulo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁷² CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015. p. 182-83.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção da presente pesquisa foi trazer à reflexão um instrumento administrativo que seja apto a concretizar os direitos fundamentais a todos os cidadãos de forma efetiva, racional, segura e equânime, diminuindo, ademais, a grande quantidade de processos que se encontram em tramitação no Poder Judiciário. Tal proposta se traduziu na ideia de *vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos*. Para chegar a tal conclusão, no entanto, as seguintes proposições foram adotadas:

a) A premissa de que o modelo administrativo ensejado pela Constituição Federal de 1988 tem por intenção a garantia e proteção dos direitos fundamentais da melhor maneira possível, buscando sempre a sua maior realização. Nesse sentido, compete à Administração Pública a competência primeira para efetivar tais direitos, encontrando instrumentos e mecanismos para tanto;

b) No entanto, o modelo administrativo atual (real) está distante deste modelo ideal consagrado no texto constitucional. Há, em verdade, um cenário de inefetividade administrativa em que, não raras vezes, nem as prestações mais básicas dos cidadãos são concretizadas;

c) As causas que levam a esse modelo inefetivo, por sua vez, decorrem da própria formação político-administrativa do Brasil, em que heranças indesejadas como tendências patrimonialistas, clientelistas e coronelistas causam até hoje influências e consequências ao modelo administrativo brasileiro;

d) A partir dessa constatação, pode-se perceber que a alternativa buscada para ver os fins constitucionais realizados, notadamente no que toca à realização e proteção dos direitos fundamentais, é a busca pelo Poder Judiciário que tem, cada vez mais, se tornado protagonista nesta matéria. O problema cinge-se, todavia, diante do fato de que, por mais que tal alternativa seja possível e muitas vezes necessária, não se mostra como a saída ideal, seja porque nem todos os cidadãos têm acesso aos portões do Poder Judiciário; seja porque, em regra, as prestações fundamentais efetivadas pelos juízes e Tribunais se dão de forma unitária, dando causa a um cenário de desigualdade social; seja, ainda, devido ao fato de que juízes e Tribunais encontram-se cada vez mais sufocados pela alta quantidade de processos existentes hoje no Brasil.

e) Assim, considerando tais proposições, buscou-se construir a proposta ora apresentada na pesquisa. Para isso, inicialmente, construiu-se análise a respeito da teoria dos precedentes de forma geral, analisando a sua estrutura no sistema de direito do *common law*, para, então, buscar demonstrar que a aplicabilidade de tal teoria possui espaço, também, em países cujo sistema jurídico filia-se ao *civil law*, como é o caso do Brasil. Nesse sentido, então, mostrou-se o que de fato pode ser considerado um precedente, bem como sua estrutura e possibilidades de aplicação;

f) Após, defendeu-se a possibilidade de utilização de um sistema de precedentes no Brasil, inclusive sob a justificativa do novo Código de Processo Civil que traz em seu texto, especificamente, a necessidade que exista respeito dos juízes e tribunais aos precedentes já formulados;

g) Com isso, foi intenção da pesquisa demonstrar que para a construção de um precedente exige-se uma alta carga argumentativa por parte do aplicador do direito (seja na via judicial, seja na via administrativa), demonstrando todas as razões jurídicas e de fato que o levaram àquela conclusão, de sorte que buscar uma teoria da argumentação jurídica que permita racionalizar tal questão se torna importante;

h) Assim, fundamentando-se na teoria de Robert Alexy, procurou-se demonstrar que tal construção oferece uma resposta coerente para a racionalidade dos processos argumentativos que levarão à formulação de determinado precedente;

i) Com tais proposições fixadas, partiu-se, então, para a última parte da pesquisa, em que se teve por intenção demonstrar que há plena aplicabilidade de uma teoria dos precedentes pela Administração Pública, encontrando sua fundamentação no próprio regime jurídico administrativo, especialmente por força dos princípios da legalidade, moralidade, boa-fé, segurança jurídica, igualdade e eficiência, de sorte que, em a Administração se vinculando às suas decisões pretéritas estará, ademais, prestando o devido respeito aos seus fins constitucionais;

j) Além do mais, pretendeu-se tonar perceptível que os precedentes administrativos possuem um campo ainda maior de aplicabilidade quando da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e dos espaços deixados pelo ordenamento jurídico para o exercício da competência discricionária do administrador público, funcionando como limites ao segundo e vetores interpretativos ao primeiro;

k) Então, como consequência de tais fundamentações, definiu-se, a partir da ótica da presente pesquisa que os precedentes administrativos são *instrumentos de vinculação das decisões administrativas pretéritas às decisões administrativas*

futuras, resultantes do devido processo administrativo, com ênfase maior no campo da discricionariedade administrativa e para a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, especialmente em matéria de direitos fundamentais, que preste respeito a todos os dispositivos constitucionais e, em especial, ao regime jurídico administrativo, garantindo maior efetividade na realização das prestações jusfundamentais e, por via de consequência, da realização do interesse público, garantindo um cenário de legalidade (este entendido a partir da concepção trazida de juridicidade), moralidade, igualdade, segurança jurídica, boa fé e eficiência para todos os cidadãos;

l) Ainda, buscou-se argumentar que, além de se vincular às suas próprias decisões, deve a Administração Pública prestar respeito aos precedentes judiciais formulados pelos Tribunais locais e superiores, albergando-os e os tratando como se seus o fossem;

A partir de tais argumentos, foi intenção do presente trabalho demonstrar que adotar uma teoria autovinculativa das decisões administrativas (precedentes administrativos) e do respeito aos precedentes judiciais apresenta-se como uma proposta apta a efetivar os direitos fundamentais no Estado Democrático e de Direito brasileiro, ao mesmo tempo em que, como consequência colateral e direta, está apta a desjudicializar as pretensões fundamentais que hoje se encontram em número cada vez maior no Poder Judiciário.

Afinal, parece certo afirmar que encontrar meios que tenham por condão realizar e proteger os direitos fundamentais a todos os cidadãos de forma equânime, segura e efetiva é ponto central da Constituição Federal de 1988. Construir uma sociedade justa, livre e igualitária que promova o bem de todos deve ser colocado como objetivo a ser perseguido por todos os cidadãos de forma fraterna e solidária, permitindo que todos possuam condições de participação na vida em sociedade e de desenvolvimento humano. Alcançar esta meta será mais viável e possível mediante a vinculação da Administração Pública às suas decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **On Balancing and Subsumption: a Structural Comparison**. Ratio Juris, vol. 16, n. 4, p. 433-449, dez. 2003.

_____. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. In: **Archiv für Rechts— und Sozialphilosophie**, v. 95, n. 2, p. 151-166, abr. 2009b. Tradução de Fernando Leal.

_____. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria da argumentação racional como teoria da fundamentação jurídica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración: três estudos**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Almedina. Coimbra. 2004.

ARROYO, Alberto Cairampoma. La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. **Revista de la Facultad de Derecho (PUCP)**, n. 73, 2014, p. 483-504. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4932963>>;

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e do “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, janeiro, fevereiro, março, 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em: 05 out. 2016.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. rev. atual. Malheiros. São Paulo. 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/533>>. Acesso em: 01 dez. 2017.

_____. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010;

_____. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev. atual. 2005.

_____. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **Revista de direito administrativo e**

constitucional. Curitiba: Juruá, 2002. p. 13-59. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/734/579>>. Acesso em: 15 jan. 2018

_____; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/75/336>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

_____. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar.** São Paulo: Max Limonad. 1998.

_____. **Processo administrativo disciplinar.** 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

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

_____; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista direito GV**, São Paulo, n. 8(1), jan-jun. 2012. p. 59-86. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. Processo, precedentes e as novas formas de justificação da administração pública brasileira. **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 1, p. 133-149, 2016. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/102556>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

_____. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos:** uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação. 2014. 120 f. Dissertação. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502228061>>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. O estado desenvolvimentista e seus impasses: uma análise do caso brasileiro. Coimbra: Coimbra. 2004.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed., rev e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ. 2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do estado: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos do MARE**, Brasília, n. 1, 1997.

_____. **Crise econômica e reforma do estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina**. São Paulo: Editora 34. 1996.

_____. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. ed. 34. Brasília: ENAP. 1998.

_____. Democracia, estado social e reforma gerencial. **Revista de administração de empresas**, São Paulo, v. 50, n. 1, p. 112-116, Mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003475902010000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 15 Jun. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma discussão conceitual. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 40, n. 2, 1997, p. 229-250.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Crédito-prêmio de IPI: estudos e pareceres**. Barueri: Manole. 2005.

_____. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____; SCHIER, Paulo Ricardo. **Crédito-prêmio do IPI: Novos estudos e pareceres**. Barueri: Manole. 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. In: J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo. Saraiva/Almedina. 2013. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502212640>>. Acesso em: 02 out. 2016.

COLE, Charles D. Precedente judicial – a experiência americana. **Revista de processo**, vol. 92, p. 71-86, Out. 1998.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Ativismo judicial: proposta para uma discussão conceitual. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 49, p. 141-149, n. 193, jan./mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496562>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. In: **RAP – Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, vol. 42, Set/Out, 2008, p. 829-74. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da união (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio, junho, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 26 maio. 2016.

_____. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170>>. Acesso em: 17 out. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração Pública democrática e supremacia do interesse público**: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. Curitiba: Juruá, 2015.

DA MATA, Roberto. **O que faz o Brasil Brasil?**. Rio de Janeiro. Rocco. 1986.

_____. **O que é o Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DAVID, René, **Os grandes sistema do direito contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24 ed. Atlas: São Paulo. 2011.

DÍAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**. Espanha.n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 maio. 2016.

DÍEZ-PICAZO, Luis M^a. La doctrina del precedente administrativo. **Revista de Administración Pública**, n. 98, Mayo-Ago., 1982, p. 7-46. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1049637>>. Acesso em 27 maio. 2016.

DONIZZETI, Elpídio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. n. 175. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3446>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de Common Law e Civil Law. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR**. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivim. 2012. pp. 41- 82.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Beira. 3 ed. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

ENRIQUE, Lilian Márcia Balmat; GOMES, Alice Maria de Menezes; FONSECA DE SÁ, Catherine. A abertura constitucional a novos direitos fundamentais. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano VII, n. 8, Junho de 2006.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Forense, 2013. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4761-3>>.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5^a. ed. São Paulo. Globo. 2012.

FERNANDES, Florestan. **Mudanças sociais no Brasil**. 4. ed. rev. São Paulo: Global, 2008.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. Constitucionalismo y positivismo. **Revista espanhola de derecho constitucional**, ano 18, num. 54, set-dez. 1998. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2004379.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista direitos humanos fundamentais**. ano 14. n. 1. p. 63-91. Osasco. 2014. Disponível em: <<http://intranet.unifio.br/legado/edificio/index.php/rmd/issue/view/60>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

FRANÇA, Philip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2014.

FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Genesis. 1993.

FREITAS, Juarez. Administração Pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8612/7351>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5. ed., ver. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2013.

_____. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p. 117-123, jan. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>>. Acesso em: 14 set. 2017.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/53437/33212>>. Acesso em: 16 dez. 2017.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética. 2002.

_____; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010;

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la universidad de Montevideo**, Año X, n. 20, p. 127-154. Universidad Externado de Colombia, 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/?tag=ano-x-2011-no-20>>. Acesso em: 27 nov. 2017.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. vol. I, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. **DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 10, p. 50-88, jan-jul. 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separa%C3%A7ao%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 jul. 2017.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, dec. 1930, pp. 161-183. Disponível em: <<http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/goodhart-1930-ratio.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade técnica. **Revista Direito UFMS**, v. 1, n. 1, p. 165-185, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://seer.ufms.br/ojs/index.php/revdir/article/view/1238/789>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895)**. Curitiba. Juruá, 2016.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

_____. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

_____. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Orientador: Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba/PR. Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2014a. 614 f. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba.

_____. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan-mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>>. Acesso em: 06 mar. 2016.

HART, H.L.A. **O conceito de Direito** (pós-escrito). Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 2007.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2005.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. In: **Revista de direito administrativo**. Volume 251. Maio/agosto 2009. FGV. Editora Direito Rio. 2009. p. 139-178. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 05 set. 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27^a. ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2014.

JORDÃO, Eduardo. Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração no Brasil. In: Wald; Justen Filho; Pereira (org.). **O direito administrativo na atualidade**: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 350-362.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo. Martins Fontes. 2006.

KLOSS, Eduardo Soto. Acerca de la obligatoriedad de los precedentes em la actividad administrativa del Estado. **Revista Chilena de Derecho**, vol 26, n. 2, 1999, p. 300-403. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2650120>>. Acesso em: 16 set. 2017.

KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial?: Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos estudos**. - **CEBRAP**, São Paulo, n. 96, p. 69-85, July 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002013000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 nov. 2017;

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e Democracia. In: **Revista Sequência**, n. 56, p. 151-176, jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2008v29n56p151/13675>. Acesso em: 12 mai. 2016.

KRELL, Andreas J. Discricionarieidade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5^a Região**, 2004. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/downloads/rev08.pdf#page=177>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: O município e o regime representativo no Brasil. 7^a. ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2012.

LEGARRE, Santiago; RIVERA, Júlio César. Naturaleza y dimensiones del 'stare decisis'. **Revista Chilena de Derecho**, v. 33, n.1, p. 109-124. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n1/art07.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2017.

LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. **Revista do serviço público (RSP)**. Ano 49, n. 2, abr-jun, 1998.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. **Precedentes administrativos & vinculação da atividade administrativa**. Curitiba: Juruá. 2017.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito** (Tese de doutorado). Orientador: Almiro Régis do Couto e Silva. 253 f. 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf?sequence>>. Acesso em: 02 jan. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas. 2012.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. El precedente administrativo. **Revista de Derecho: Universidad Católica del Uruguay**, n. 5, 2010, p. 51-78. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6119802>>. Acesso em: 03 abri. 2016.

MARTINS, Luciano. Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral. **Cadernos ENAP**. Brasília, 1997, p. 61. Disponível em: <<http://repositorio.enap.gov.br/bitstream/handle/1/1748/caderno%20enap%208.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 maio 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros. 2015.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/fev. 2014. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/75519/79077>. Acesso em: 26 jun. 2017.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., 6 tiragem, São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, jul. 1967. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/30088>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do Stare Decisis e Prática Constitucional Brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>>. Acesso em: 24 set. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo. Saraiva. 2012.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da Administração Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, out./nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2009.

_____. Moralidade administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 190, p. 1-44, out.-dez. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45405>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

_____. O direito administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Constitucional e Administrativo**. Ano 3, n. 11, jan-mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. **A&C Revista de Direito Constitucional e Administrativo**, Belo Horizonte, Ano 11, n. 43, p. 91-117, jan-mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/229/186>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma administrativa e burocracia: impactos da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Atlas. 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra. 1987.

_____. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. Coimbra editora. Coimbra. 2012. p. 17.

NUNES, Darlei; HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e *distinguish* no CPC/15: Uma breve intridução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buriel de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de (org.). **Precedentes judiciais no NCP**. Coleção Novo CPC e novos temas. Salvador: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O princípio da proteção da confiança legítima no direito administrativo brasileiro. **Revista Carioca de Direito – RCD**, v. 1, n. 1, jan-jun. 2010. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1558797/DLFE-220683.pdf/RevistadeDireito.pdf#page=83>. Acesso em: 20 nov. 2017.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. **Precedentes judiciais na administração pública brasileira**: limites e possibilidades de aplicação. Salvador: JusPodivim. 2016.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl. Common law, judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In: In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **A força dos precedentes**: Estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR. 2. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivim. 2012. pp. 15-40.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003.

PAIVA, Carlos Henrique Assunção. A burocracia no Brasil: as bases da administração pública nacional em perspectiva histórica (1920-1945). **História (São Paulo)**, vol. 28, n. 2, 2009, p. 775-796, Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, São Paulo. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=221014800025>>. Acesso em: 05 set. 2017.

POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Trotta: Madrid, 2003.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. 1ª. ed. São Paulo. Companhia das Letras. 2011.

PUGLIESE, Willian. **Precedentes e a civil law brasileira**: interpretação e aplicação do novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RAMOS, Adriana Monteiro. Da falta de normatividade constitucional à judicialização e ao ativismo judicial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, vol. 7, n. 7, jan-jun. 2010. p. 232-246. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/issue/view/7/showToc>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2016.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM (RECDUFSM)**. v. 4, n. 11, 2009. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

RIVERÓ, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina. 1981.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade do Estado. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 28, n. 111, jul./set. 1991, p. 79-123.

Disponível em:
<[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175646/000123153.pdf?sequen
ce=1](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175646/000123153.pdf?sequen
ce=1)>. Acesso em: 13 jan. 2018.

_____. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.

_____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999.

RODRÍGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas Editora. 2013

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las administraciones públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão da sentença em matéria de direitos sociais constitucionais. In: GOZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (Orgs.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Saraiva. 2010.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Constitucionalismo e positivismo**. Cidade do México: Distribuciones Fontamara, 2. ed., 1999.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: Miguel Carbonell Sánchez (coord). **Neoconstitucionalismo(s)**. Editorial Trotta. España. 2003. p. 123-158.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O ex-Leviatã brasileiro: do voto disperso ao clientelismo concentrado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito público, n. 21, março, abril, maio, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 26 maio. 2016.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda**. 2006.

SASTRE, Silvia Díez. **El precedente administrativo**: fundamentos y eficacia vinculante. Madrid: Marcia Pons. 2008.

SCHAUER, Frederick. Precedent. May 9, 2011. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384>. Acesso em: 07 nov. 2017.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. **Cenários de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e o direito de greve de servidores públicos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, HACHEM, Daniel Wunder (Org.). **Direito administrativo e interesse público**: estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

_____. Serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais e desenvolvimento social. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). **Direito administrativo e suas transformações atuais** – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Anais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Íthala, 2016, 676 p.

_____. **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

_____; FLORES, Pedro Henrique Brunken Flores. Estado de direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. **Revista brasileira de teoria e constituição**. Curitiba. v. 2, n. 2, p. 1208-1229, jul/dez. 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/1556>>.

SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 43-60.

_____. **Anotações nucleares de direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. **Comissões parlamentares de inquérito e o conceito de fato determinado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

_____. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. **Filragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre. 1999.

_____. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba. Juruá. 2017.

_____; FERREIRA, Priscila Andreoti. A teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista. In: **Revista Constituição e Garantia de Direitos**. vol. 7. n. 1. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/5803>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

SEIDMAN, Louis Michael. What's so bad about Bush v. Gore? An essay on our unsettled election. In: **Georgetown Law faculty publications**. 2010. Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/224>. Acesso em: 16 jul. 2016.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2011.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. Conquista e colonização da América Portuguesa: o Brasil colônia – 1500/1750. In: LINHARES, Maria Yedda. **História Geral do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2010.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

STRAUSS, David A. *Bush v Gore: WhatWereTheyThinking?*. In: **The Vote**: Bush, Gore, and the Supreme Court. Published by the University of Chicago Press. 2001. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/sunstein/chapter9.html>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

TRIBE, Laurence H. *eroG .v hsuB and Its Disguises: Freeing Bush v. Gore from Its Hall of Mirrors*. In: **Harvard Law Review**. Vol. 115. p. 170. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=433960>. Acesso em: 16 jul. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALLE, Vanice Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial “à brasileira”. **Revista direito GV**, São Paulo, n. 4(2), jul-dez., 2008, p. 407-440. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200004&script=sci_abstract&lng=pt. Acesso em: 20 jun. 2017.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social, revista de sociologia da USP**, v. 19, n. 2. p. 39-85. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil law e common law**: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2007.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 41, n. 2, São Paulo, Universidade de São Paulo, p. 214-222. 2007.

VIEIRA, José Ribas. Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. **Revista estação científica** (Ed. Especial Direito). Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4302/artigo-3-revisado.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de administração pública**. Rio de Janeiro, abr-jun, pp. 27-75. 1974.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **Revista de Processo**, vol. 172, jun. 2009. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/estabilidade_e_adaptabilidade_com_o_objetivos_do_direito_civil.pdf>. Acesso em: 28 set. 2017.

WANG, Daniel Wei L.; PIRES DE VASCONCELOS, Natália; ELIAS DE OLIVEIRA, Vanessa; TERRAZAS, Fernanda. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública – RAP**, vol. 48, num. 5, set. - out., 2014, p. 1191-1206. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n5/06.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1963.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justiça. Trad. Maria Gascón. Editorial Trotta. 1999.

ZOLO Danilo; COSTA, Pietro (ORGs). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo. Martins Fontes, 2006.