

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**

**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA**

**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO**

**EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR**

**PRECEDENTES JUDICIAIS E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA BRASILEIRA: VINCULAÇÃO OU PERSUASÃO?**

**BRASÍLIA**

**JANEIRO - 2017**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**

**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA**

**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO**

**EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR**

**PRECEDENTES JUDICIAIS E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA BRASILEIRA: VINCULAÇÃO OU PERSUAÇÃO?**

**Dissertação a ser apresentada ao Programa de  
Mestrado Acadêmico da Escola de Direito de Brasília  
do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como  
requisito parcial para obtenção do título de Mestre em  
Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Fábio Quintas**

**BRASÍLIA**

**JANEIRO - 2017**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP**

**ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA**

**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO**

**EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR**

**PRECEDENTES JUDICIAIS E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA BRASILEIRA: VINCULAÇÃO OU PERSUAÇÃO?**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito junto ao Programa de Mestrado da Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professor Doutor Fábio Lima Quintas  
Orientador

---

Professor Doutor André Rufino do Vale  
Examinador (Externo)

---

Professor Doutor Bruno Dantas Nascimento  
Examinador (IDP)

---

Coordenador do Programa de Mestrado

Ao meu pequeno Heitor, prova da existência do amor puro e verdadeiro, dedico este trabalho integralmente a você. Agora o papai poderá jogar bola com você mais do que cinco minutos, meu filho.



## **AGRADECIMENTOS**

A tarefa árdua de produção da nossa pesquisa e a consequente obtenção do título de mestre não poderia ser alcançada sem o apoio incondicional de algumas pessoas que merecem o meu especial agradecimento.

Em primeiro lugar, agradeço à minha mãe que é a principal incentivadora da minha evolução profissional e, sobretudo, acadêmica. Mãe, obrigado pela resiliência e obstinação em me mostrar como me tornar um ser humano melhor!

Agradeço também aos meus sócios e amigos, Gabriel Abbad, Guilherme, Dolabella e Adamir Fiel, que, além de incentivadores, foram compreensivos nas minhas ausências na nossa batalha diária em nosso escritório de advocacia.

De igual forma, agradeço ao meu orientador e grande exemplo acadêmico, Prof. Dr. Fábio Quintas, que, com a sua dedicação e especial atenção, tornou a dura passagem pelo mestrado muito mais agradável. Obrigado, meu mestre!

Por fim, o meu fraternal abraço e agradecimento aos amigos do Grupo Leituras, Hugo Passos, Afonso Belice, Rubens Júnior, José Meira, Jacob Carvalho, Thiago Bouza e Raphael Anunciação. Vocês foram imprescindíveis nessa caminhada, sobretudo pelo fornecimento constante de tão relevantes informações para a nossa pesquisa.

## RESUMO

O princípio da legalidade administrativa foi idealizado pelo pensamento Revolucionário Francês como instrumento de controle do poder absoluto do Estado. A partir dele, a Administração Pública somente poderia agir se devidamente autorizada por um ato normativo formal e emanado do Poder Legislativo. A evolução do Direito e da sociedade permitiu uma ampliação desse controle, que passou a ser exercido também por outras formas e por intermédio de outros atores, a exemplo dos órgãos do Poder Judiciário. Todavia, discute-se se tal controle exercido pelo Judiciário pode ser exercido em abstrato, por meio dos precedentes judiciais. Partindo de tais constatações e avançado acerca das funções dos pronunciamentos do Judiciário nos sistemas do *civil law* e do *common law*, o objetivo do trabalho foi justamente identificar o impacto dos precedentes judiciais proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como aqueles instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015 no âmbito dos atos administrativos editados pela Administração Pública.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo e Processual Civil. Controle da Administração Pública. Princípio da legalidade administrativa. Precedentes Judiciais.

## ABSTRACT

The principle of legality in Administrative Law was inspired by the thoughts of French Revolutionary as an instrument of control of the absolute power of the State. Accordind to this principle, Public Administration could only act if properly authorized by a formal normative act and emanated from the Legislative Power. The evolution of Law and society allowed for na expansion of this control, which was also performed by other forms and through other actors, such as the organs of the Judiciary Power. However, it is discussed whether such control praticed by the Judiciary can be exercised abstractedly, through judicial precedents. Based on these findings and advanced on the functions of the Judiciary pronouncements in the civil law and *common law* systems, the objective of the work was precisely to identify the impact of the mandatory judicial precedents established by the Civil Procedure Code of 2015 and from Supremo Tribunal Federal and Superior Tribunal de Justiça in the scope of the administrative acts edited by the Public Administration.

**Keywords:** Administrative and Civil Procedural Law. Control of Public Administration. Principle of administrative legality. Judicial Precedents.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. A intensidade do controle judicial incidente sobre a Administração Pública complexa no direito brasileiro contemporâneo .....	18
1.1 A complexidade da Administração Pública contemporânea e o controle judicial	19
1.2 A intensidade do controle judicial da Administração Pública brasileira .....	27
1.2.1 O controle judicial dos atos discricionários .....	34
1.2.2 O controle judicial dos atos vinculados.....	44
1.2.3 O controle judicial da discricionariedade técnica .....	46
1.2.4 A experiência norte-americana a partir da Doutrina Chevron .....	54
1.3 Ainda persiste a distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários para fins do controle judicial?.....	57
1.4 Conclusão parcial.....	58
2. A reconfiguração do princípio da legalidade administrativa no direito brasileiro .....	64
2.1 A evolução do direito administrativo brasileiro.....	65
2.1.1 O princípio da legalidade administrativa no Estado brasileiro Liberal.....	66
2.1.2 O princípio da legalidade administrativa no Estado brasileiro de Bem-Estar Social.....	68
2.1.3 O princípio da legalidade administrativa no Estado brasileiro Neoliberal.....	71
2.2 O princípio da legalidade administrativa no neoconstitucionalismo: ampliação das fontes normativas .....	75
2.3 Conclusão parcial.....	85
3. O papel dos precedentes judiciais no direito brasileiro .....	89
3.1 Fundamentos de vinculação dos precedentes judiciais.....	89
3.1.1 Força ilustrativa, persuasiva e vinculante dos precedentes .....	95
3.2 Afinal, o que é um precedente judicial?.....	101
3.2.1 Obter dictum, ratio decidendi e stare decisis.....	101
3.2.2 Hipóteses de não aplicação dos precedentes: a superação e a distinção .....	109
3.2.3 Precedente, jurisprudência e súmulas: institutos distintos .....	111
3.3 A formação brasileira do sistema de precedentes judiciais .....	113
3.3.1 A influência portuguesa na formação dos precedentes: os assentos .....	113
3.3.2 Os precedentes no direito brasileiro contemporâneo: das súmulas ao Código de Processo Civil de 2015 .....	115
3.3.3 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes de Precedentes.....	120
3.3.3.1 A natureza dos precedentes vinculantes .....	127
3.4 Precedentes judiciais e as fontes do direito.....	130
3.5 O direito brasileiro transformou-se no common law? .....	132
3.6 Conclusão parcial.....	137
4. A postura do Administrador Público brasileiro diante dos precedentes JUDICIAIS obrigatórios.....	143
4.1 Limitadores da vinculação do administrador público aos precedentes.....	144
4.1.1 A limitação formal do princípio da separação de Poderes .....	144
4.1.2 A falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário como limitador... ..	151
4.1.3 A ausência de uniformidade nas decisões como limitador .....	157
4.2 A experiência da Administração Pública Federal em relação aos precedentes judiciais .....	160
4.3 A inobservância dos precedentes judiciais pelo Administrador Público: consequências .....	169
4.4 Conclusão parcial.....	171

CONCLUSÃO.....	175
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	189

## **INTRODUÇÃO**

## INTRODUÇÃO

Muito se discute acerca do enquadramento do produto da atividade judicial (decisão, precedente ou jurisprudência) como fonte primária formal do direito. Isto é, de há muito debate-se se a jurisprudência ou o precedente judicial seria qualificado a produzir eficácia geral e abstrata, tal como os atos normativos clássicos (Constituição, leis e decretos).

A celeuma não é nova, mas o tema ganha relevo atualmente em face do direito posto no sistema jurídico brasileiro, quer na Constituição da República do Brasil, ao erigir as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle concentrado e as súmulas vinculantes à fonte primária de direito, quer no Código de Processo Civil editado em 2015, que estatuiu novas técnicas de aplicação dos precedentes e aperfeiçoou outras, vinculando as decisões judiciais futuras ao que já havia sido decidido anteriormente.

Com efeito, o Constituinte e o legislador ordinário, optaram por resolver a questão no que se refere a algumas espécies de pronunciamentos judiciais. Além do próprio Judiciário, por óbvio, o Constituinte expressamente também vinculou a Administração Pública a certas decisões do Supremo Tribunal Federal, conferindo-lhes, de forma inegável, natureza jurídica de fonte do direito, enquanto que o legislador ordinário – no Código de Processo Civil de 2015 - estabeleceu hipóteses de observância obrigatória de certos precedentes judiciais pelos magistrados de instâncias inferiores, silenciando-se quanto à sua observância pela Administração Pública.

Além disso, na seara do direito administrativo, discute-se também em abundância na doutrina acerca da ampliação do conceito de legalidade administrativa para contemplar os princípios, constitucionais ou não, e os direitos fundamentais, como reflexo do movimento pós-positivista. Isto é, sob essa ótica de discussão, não seria somente a lei, na sua acepção estrita, enquanto ato jurídico emanado do Poder Legislativo, que serve de controle da Administração Pública, mas também os valores morais da sociedade, os seus princípios e os direitos fundamentais. Fala-se, assim, em controle da legalidade e da legitimidade da Administração Pública.

Ante tal cenário normativo (em que determinados pronunciamentos emanados

do Judiciário – as súmulas vinculantes, por exemplo - foram erigidos ao patamar de fontes primárias de direito, inclusive para a Administração Pública), o foco precípua do presente trabalho é examinar o atual conteúdo das fontes normativas do Direito Administrativo<sup>1</sup>, além do alcance e a composição contemporânea do princípio da legalidade administrativa, sobretudo considerando o papel dos precedentes judiciais no sistema jurídico vigente.

De forma mais específica, serão examinados os reflexos dos precedentes judiciais (na sua acepção estrita, técnico-jurídica<sup>2</sup>), cuja observância obrigatória foi instituída pelo artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, com as fontes primárias de direito para Administração Pública Federal, bem como aqueles, embora não previstos daquele dispositivo, tenham emanados dos Tribunais Superiores.

Objetivamente, os problemas que nos propomos a resolver são: *em que medida os precedentes judiciais previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 e aqueles emanados dos Tribunais Superiores não previstos naquele artigo devem servir como controle dos atos administrativos editados pela Administração Pública Federal? Ademais, considerando o princípio da legalidade administrativa, é possível pensar nos referidos precedentes judiciais como fonte primária de direito para a Administração Pública?*

A resolução de tais problemas afigura-se de suma importância na atualidade, pois constata-se que, no Brasil, está se “*verificando uma reelaboração doutrinária e mesmo legislativa acerca dos sentidos e do alcance da norma legal e do precedente judiciário*”<sup>3</sup>, o que demanda um estudo mais aprofundado sobre o tema em voga.

Outrossim, também considerando esse cenário, o princípio da legalidade administrativa previsto textualmente no *caput* do artigo 37 da Constituição da República de 1988 necessita ser estudado sobre um novo enfoque, a fim de ser verificado se é possível ou não admitir fontes do direito diversas da lei – costumes, precedentes

---

<sup>1</sup> “Direito Administrativo” tal como enunciado no texto deve ser entendido como o conjunto de regras e princípios que regulam a atividade jurídica da administração pública lato sensu, ou seja, tanto na sua feição subjetiva quanto sob a ótica objetiva.

<sup>2</sup> Consoante será examinado, o conceito técnico-jurídico de precedente judicial relaciona-se diretamente com a concepção de *ratio decidendi*, em que pese seja vulgarmente entendido como toda e qualquer decisão judicial considerada em sua inteireza.

<sup>3</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 69.

judiciais *etc.* – como normas hábeis a pautar a conduta da Administração Pública.

Com efeito, o princípio da legalidade administrativa encartado no Texto Constitucional, considerando a evolução do direito brasileiro, pode ser entendido como obediência ao ordenamento jurídico considerado de forma ampla? Esta é mais uma das inquietações que almejamos ser sanadas no presente trabalho.

E a solução dessas inquietudes tem impacto direto na atividade cotidiana da Administração Pública, já que, a depender do resultado da pesquisa, poderão ser ampliados os pilares de condução dos atos administrativos, a permitir, por exemplo, que os precedentes judiciais obrigatórios possam, inclusive, constranger o Administrador na edição de atos normativos infralegais.

Para resolver o problema, seccionamos o nosso trabalho em 4 (quatro) capítulos assim intitulados: *i) a intensidade do controle judicial incidente sobre a Administração Pública complexa no direito brasileiro contemporâneo; ii) a reconfiguração do princípio da legalidade administrativa no direito brasileiro; iii) o papel dos precedentes judiciais no direito brasileiro; e iv) a postura do Administrador Público brasileiro diante dos precedentes obrigatórios.*

No primeiro capítulo, o foco do estudo será o controle da Administração Pública exercido em concreto pelo Poder Judiciário, nas demandas judiciais em que o Poder Público figura como parte. Na oportunidade, examinaremos a complexidade objetiva e subjetiva em que atualmente a Administração Pública encontra-se conformada, o que ensejou variações na intensidade do controle judicial ao longo do tempo. Assim, serão estudadas as diferentes no controle dos atos discricionários, vinculados e dos técnicos oriundos da Administração Pública.

No segundo capítulo, o objetivo é investigar o princípio da legalidade administrativa e sua atual acepção. Isto porque, com a progressiva complexidade da Administração Pública, a evolução da sociedade e da própria concepção do direito, o conteúdo do princípio inicialmente idealizado no seio da Revolução Francesa não mais subsiste, sobretudo tendo em vista a ampliação das fontes primária de direito.

No terceiro capítulo, estudaremos os precedentes judiciais propriamente e os seus contornos no direito brasileiro. Na oportunidade, examinaremos o que são tidos por

precedentes no direito pátrio e qual sua função no sistema jurídico, levando-se em consideração a natureza dos órgãos do Poder Judiciário que ocupam posição vértice no nosso sistema e toda a sistemática de observância obrigatória de certos precedentes que foi recém regulamentada pelo Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, no último capítulo, o foco do nosso trabalho será o reflexo dos precedentes judiciais na Administração Pública brasileira. Examinaremos os possíveis aspectos limitadores da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, bem como eventuais limites à desvinculação em face da realidade prática atualmente vivenciada pela Administração Pública Federal. Ao final, verificaremos eventuais consequências a título de responsabilidade ao Administrador Público que deixar de observar os precedentes obrigatórios.

A partir daí, espera-se que seja possível responder a indagações como: considerando a função do Poder Judiciário, é possível ao Administrador Público adotar conduta contrária ao posicionamento firmado pelos tribunais de vértice ou aos julgamentos cuja observância foi tornada obrigatória pelo Código de Processo Civil de 2015? Os precedentes judiciais teriam o condão de dissuadir determinadas condutas administrativas (na formação e não anulação de determinado ato administrativo, por exemplo)? Ou seja, será que os precedentes judiciais poderiam vincular a administração pública em um momento pré-judicial? São indagações como estas, todas de ordem prática, que se buscará responder por meio da presente pesquisa acadêmica

O material de pesquisa será essencialmente a produção bibliográfica nacional e estrangeira, em cotejo com os pronunciamentos judiciais dos principais tribunais brasileiros.

Como a expressão “administração pública” possui duplo sentido: um, objetivo material ou funcional, em que se destaca a atividade desenvolvida pelos entes públicos considerados de forma genérica; outro, subjetivo, formal ou orgânico, em que têm destaque as pessoas, os entes que desempenham as atividades administrativas<sup>4</sup>, quando, no texto, formos nos referir ao sentido subjetivo grafaremos a expressão em letras maiúsculas, ao passo que quando foco a atividade administrativa, as maiúsculas serão

---

<sup>4</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 19.

dispensadas.



## **1. A INTENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL INCIDENTE SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMPLEXA NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

O objeto principal de nossa pesquisa, como dito, consiste em examinar em que medida a Administração Pública está obrigada a observar os precedentes emanados do Poder Judiciário, mais especificamente aqueles oriundos dos tribunais que ocupam o vértice da estrutura judiciária brasileira e os que foram elencados como de observância obrigatória pelo artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Em outro dizer, e em última análise, trata-se de exame do grau de intensidade da interferência (ou controle) do Poder Judiciário no Poder Executivo no desempenho das condutas deste, mas de forma abstrata, independentemente de o Estado-administração ter participado da relação jurídica de direito processual de onde emanou o precedente judicial a ser observado.

Tendo por referência essa viga mestra, buscar-se-á estudar no presente capítulo a intensidade do controle do Poder Judiciário exercido em concreto<sup>5</sup> na Administração Pública, levando-se em consideração a evolução da progressiva complexidade pelo que tem passado a Administração Pública, sobretudo a brasileira.

Como a estrutura administrativa, objetiva e subjetiva, relaciona-se diretamente com as fontes do direito, o estudo da sua evolução no direito brasileiro é de fundamental importância para o presente trabalho, na medida em que será necessário identificar qual a função dos precedentes judiciais em uma Administração Pública complexa.

---

<sup>5</sup> Optou-se por utilizar as expressões “controle em abstrato” e “controle concreto” da Administração Pública para distinguir a interferência do Poder Judiciário no âmbito administrativo por meio de interferência direta, hipótese em que a estrutura administrativa participou diretamente – como parte – do processo de onde emanou a decisão judicial interventiva, no segundo caso, da interferência indireta – no primeiro caso -, hipótese em que a Administração Pública não participou da relação processual, mas sofreu a influência do precedente judicial.

## **1.1 A complexidade da Administração Pública contemporânea e o controle judicial**

A Administração Pública, no dizer de Ruy Cirne Lima, pode ser entendida sob duas óticas: (i) enquanto pessoa jurídica de direito público competente para exercer a atividade administrativa típica do Estado, acepção em que se diz tratar da Administração Pública no seu caráter subjetivo ou (ii) a própria atividade administrativa, quando estar-se a falar da sua feição objetiva.<sup>6</sup>

O que se percebe, na atualidade, é que tanto em um quanto no outro sentido a Administração Pública tornou-se muito mais complexa do que a sua concepção inicial. Dito de outra forma, tanto do ponto de vista material (ou objetiva), quando ganha destaque a atividade administrativa estatal em si, quanto sob a ótica formal (ou subjetiva), em que se evidencia o Poder Público enquanto pessoa jurídica sujeito de direitos e obrigações, a Administração Pública, quando comparada com a sua origem na Idade Moderna – Revolução Francesa no final do século XVII -, tornou sobremaneira complexa.

Nessa toada, a partir dos ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld, lembramos que, à época em que vigorou o Estado Liberal deflagrado com a Revolução Francesa, “era preciso que o Estado não interferisse nos negócios dos indivíduos, restringindo sua ação à garantia da ordem, da paz, da segurança. Em suma, queria-se um Estado mínimo, com reduzidas funções, sem interferência na vida econômica”.<sup>7</sup>

Com efeito, como a atuação do Estado era mínima, já que se limitava à garantia da ordem, da paz e a segurança, além de suas atividades serem reduzidas, a sua estrutura organizacional tinha de ser igualmente reduzida, a mínima possível em face do necessário absentismo estatal.

O passo seguinte na linha evolutiva da Administração Pública foi o Estado Social (Estado Providência, Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*), em que o Estado deixa de lado a sua postura absentista – não intervencionista – e passa a se

---

<sup>6</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 35.

<sup>7</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 54.

apresentar como agente do desenvolvimento e da justiça social.<sup>8</sup>

Essa transformação (do Estado Liberal para o de Bem-Estar Social) ocorreu no mundo pós-Primeira Guerra<sup>9</sup>, oportunidade em que, a fim de contribuir na superação da crise econômica e nivelar as desigualdades sociais, o Estado foi obrigado a assumir papel mais ativo, sobretudo na economia e na concreção dos direitos sociais, “seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários)”<sup>10</sup>.

Acerca dessa transição do Estado Liberal para o Estado Social, convém trazer à colação a narrativa de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Até um certo ponto da História havia a nítida e correta impressão de que os homens eram esmagados pelos detentores do Poder Político. A partir de um certo instante começou-se a perceber que eram vergados, sacrificados ou espoliados não apenas pelos detentores do Poder político, mas também pelos que o manejavam: os detentores do Poder econômico. Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito o ideário social, surgindo o Estado Social de Direito, também conhecido como Estado de Bem-Estar (*Welfare State*) e Estado-Providência.<sup>11</sup>

Naturalmente, como não poderia deixar de ser, com a ampliação das atribuições da Administração Pública, a estrutura organizada do Estado tornou-se mais complexa, tanto do ponto de vista subjetivo, no que refere às instituições (órgãos e entidades dotadas de personalidade jurídica próprias, a exemplo das empresas estatais) que o compunha, quanto no ponto de vista objetivo, no que atine às suas atividades, vez que o Estado passou a intervir diretamente na economia e na sociedade com o objetivo de nivelar as desigualdades sociais.

Durante aquela fase, a complexidade institucional da Administração Pública

---

<sup>8</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 55.

<sup>9</sup> As Constituições de Weimar de 1919 e do México de 1917 bem delineiam essa postura estatal, conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello *in*: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43. No mesmo sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 55.

<sup>10</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, págs. 54/55.

<sup>11</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 43.

adveio da criação de inúmeras entidades e órgãos com finalidades cada vez mais específicas. Isto é, passou-se a ter muitos núcleos de poder e de influência que, como consequência, acabou por afetar a noção inicial de Administração Pública autônoma e específica, deixando à margem da objetividade os limites entre agentes e atividades administrativas, legislativas, controladoras e privadas. Tais circunstâncias são fruto da sociedade contemporânea e do aprofundamento da democracia.<sup>12</sup>

Todavia, as atribuições do Estado de Bem-Estar Social tornaram a máquina administrativa pesada e muito custosa, o que ensejou o aumento na carga tributária a fim de manter os investimentos necessários nas empresas estatais, fazendo com que fosse criada severa crise financeira, no caso brasileiro, acarretando o declínio dessa fase da evolução do Estado.<sup>13</sup>

Nessa toada, destaca Pegoraro que, em âmbito mundial, ao cabo da Segunda Grande Guerra Mundial, o Estado Social começa a ver o seu declínio na maioria dos países envolvidos naquele conflito bélico, na medida em que não alcançara tudo o quanto fora apregoado.<sup>14</sup>

Assim, a atuação do estado na atividade econômica por meio de suas estatais se retrai e os serviços que antes eram prestados por elas passam a ser delegados ao particular com fito de buscar uma maior qualidade na prestação dos serviços públicos e eficiência econômica.<sup>15</sup>

A Administração Pública, assim, modifica-se mais uma vez, mas dessa feita para contemplar uma nova realidade institucional: as agências reguladoras. A sua criação remonta à cultura inglesa, mas foi aperfeiçoada no direito norte-americano com o objetivo regular os mercados objeto de delegação aos particulares. O Estado, em certa medida, retrai-se do ponto de vista orgânico, mas amplia-se sob a ótica objetiva das atividades inerentes à Administração Pública, vez que a regulação passa a fazer parte do rol de atribuições estatais no chamado Neoliberalismo.

---

<sup>12</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 68.

<sup>13</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, págs. 114/115.

<sup>14</sup> PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Campinas: Servanda Editora, 2010, p. 27.

<sup>15</sup> MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

Bandeira de Mello, ao descrever o novo momento histórico, faz críticas ácidas ao neoliberalismo:

É verdade que nos recentes últimos anos o Estado Social de Direito passou, em todo o mundo, por uma enfurecida crítica, coordenada por todas as forças hostis aos controles impostos pelo Estado e aos investimentos públicos por ele realizados. Pretenderam eles reinstaurar o ilimitado domínio dos interesses econômicos dos mais fortes, tanto no plano interno de cada País quanto no plano internacional, de sorte a implantar um não abertamente confessado “darwinismo” social e político. Este movimento estribou-se em uma gigantesca campanha publicitária denominada “globalização”, que preconizou um conjunto de providências concretas representativas do chamado “neoliberalismo”.<sup>16</sup>

E, em outra obra, complementa:

O Estado Social de Direito emerge, encerrando o ciclo do Liberalismo, quando emerge o comunismo. Tão logo fracassa o comunismo, renascem, de imediato, com vigor máximo, as ideias liberais, agora “recauchutadas” com o rótulo de “neo”, propondo liminarmente a eliminação ou sangramento das conquistas trabalhistas e direitos sociais, do mesmo passo em que revive o imperialismo pleno e incontestado, sob a designação aparentemente técnica de “globalização”. [...] Trata-se, como se vê, de um retorno ao mesmo esquema de poder, nos planos interno e internacional, vigente no final do século passado e início deste, sob aplausos praticamente unânimes em ambas as frentes.<sup>17</sup>

Inobstante as críticas, a solução encontrada nos Estados Unidos - e copiada pelo Brasil anos depois - para resolver o problema da sociedade complexa e pluralista, considerando que o Poder Legislativo não possuía condições de legislar de forma detalhada sobre aspectos técnicos, foi a criação das agências reguladoras.<sup>18</sup>

Maria Sylvia Di Pietro, ao reforçar a tese de que as agências reguladoras possuem sua origem no direito norte-americano, destaca que três eram as ideias que constituíram os seus pilares: (i) a ideia de especialização, (ii) a ideia de neutralidade e

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, págs. 43/44.

<sup>17</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia a suas dificuldades contemporâneas**. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direitos Administrativo**. 1ª ed. 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, págs. 387/388.

<sup>18</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 125.

(iii) a ideia de descentralização técnica.<sup>19</sup>

A ideia de especialização, segundo a autora, adveio como consequência do crescimento do Estado, ao transformar-se de Estado Liberal para Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State* ou Estado Providência), que demandou sua intervenção direta na ordem econômica e social. Ainda segundo Di Pietro, tal agigantamento estatal tornou difícil – se não impossível – o exercício de funções variadas, as quais poderiam ser melhor desempenhadas por entes especializados que recebessem parcela de cada um dos três Poderes do Estado.<sup>20</sup>

Também em conformidade com Di Pietro, a ideia de neutralidade seria decorrente do fato de que os dirigentes das agências reguladoras, por terem mandato fixo, estariam livres de influências políticas do Chefe do Poder Executivo.<sup>21</sup>

Por fim, a ideia de descentralização técnica decorreria do fato de que o poder de decisão deveria ficar a cargo da autoridade que detivesse competência legal e técnica para fazê-lo e fora do âmbito da Administração Pública hodierna.

O fato é que a Administração Pública em todo o mundo se tornou mais complexa objetiva e subjetivamente na medida que o próprio Estado se modificava. Sobre o tema, é interessante a descrição feita por Sérgio Guerra acerca das funções do Estado durante as três fases citadas (Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Neoliberal):

Enquanto na perspectiva do liberalismo compete ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no modelo social inverte-se esse papel, permitindo que a atividade estatal seja a provedora das necessidades coletivas, ao Estado Regulador são exigidas funções de equalização, mediação e arbitragem das relações econômicas e sociais, ponderados os

---

<sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

interesses em presença.<sup>22</sup>

No caso brasileiro não foi diferente. Em que pese não se possa identificar de maneira tão segmentalizada as transformações sofridas pela Administração Pública no Brasil, é possível verificar traços característicos de cada uma das fases referidas na história recente. Aliás, no próprio texto constitucional vigente, consoante será examinado, pode-se identificar diversas passagens em que se verifica posturas da Administração Pública próprias tanto Estado Liberal, quanto do Social e do Neoliberal, todas as disposições convivendo em harmonia entre si.

Com efeito, relativamente ao direito brasileiro, a partir da segunda metade da década de 90 do século XX, a Reforma do Estado implementada a partir do Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995, erigiu de forma inédita, no âmbito da Administração Pública, diversas entidades dotadas de autonomia em relação ao Poder Executivo: as chamadas agências reguladoras independentes, inspiradas na experiência anglo-saxã.<sup>23</sup>

Isto é, “o Estado [brasileiro], não suportando os problemas advindos da estagnação evolutiva de sua estrutura produtiva e prestacional de serviços essenciais – gerados pelas suas próprias falhas e limitações, passou a flexibilizá-los na década de 90”<sup>24</sup>. Com efeito, a partir da segunda metade da década de 90, o Brasil vivenciou o programa de desestatização do Estado, a partir do qual “instituíram-se as primeiras agências reguladoras federais, apresentadas como o marco expressivo do Estado Regulador. Agora, o Estado empenha-se em delegar às empresas concessionárias de serviço público alguns serviços que executava diretamente”<sup>25</sup>, passando a atuar como agente regulador destes serviços.

No dizer de Gustavo Binenbojm, o objetivo da criação das agências reguladoras era reduzir a burocracia e dotar o ambiente regulatório de uma gestão profissional, técnica e imparcial:

---

<sup>22</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 97.

<sup>23</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 42.

<sup>24</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 115.

<sup>25</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 115.

Na lógica do Plano Diretor de Reforma do Estado (PDRE), de 1995, as agências independentes seriam instrumentos essenciais para dissolver os anéis burocráticos dos Ministérios e subtrair a regulação de setores estratégicos da economia do âmbito das escolhas políticas do Presidente da República. De um ponto de vista pragmático, essa pretensa despolitização tinha por objetivo criar um ambiente regulatório não diretamente responsivo à lógica político-eleitoral, mas pautado por uma gestão profissional, técnica e imparcial.<sup>26</sup>

A necessidade de criação destes organismos regulatórios surgiu como exigência própria do mercado globalizado, vez que os investidores estrangeiros receavam pela instabilidade política e jurídica nos países marcados por movimentos nacionalistas autoritários.

O Estado Social brasileiro, desse modo, sob a influência do Neoliberalismo, transmuda-se para o Estado Regulador (ou Estado Neoliberal), acompanhando a tendência mundial. Sobre o tema, informa Bruno Miragem que “o declínio do Estado-Providência (Estado de Bem-Estar) e as reformas da Administração observadas nos mais diversos países exigem da Administração Pública a reformulação das bases sobre as quais se sustentam as relações jurídicas com os administrados”<sup>27</sup>.

Importante fenômeno trazido ao mundo jurídico de forma inovadora pelas agências reguladoras e que contribuiu sensivelmente para a complexização da Administração Pública é a configuração policêntrica do Estado-administração. Isto é, rompe-se o modelo tradicional de concentração de todas as decisões administrativas num único poder central, transferindo para entidade externa ao Executivo as decisões de ordem técnica.<sup>28</sup>

O centro de decisões da Administração Pública não se concentra mais no Chefe do Poder Executivo, mas sim passa a ser exercido com autonomia e liberdade por entidades criadas especificamente para proferirem decisões e editarem atos normativos baseados em critérios puramente técnicos.

A última significativa contribuição das agências reguladoras à nova

---

<sup>26</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 42.

<sup>27</sup> MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

<sup>28</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 44.

configuração da Administração Pública, e certamente a mais relevante de todas, é o seu poder normativo em relação aos setores regulados. Isto é, conferem-se às agências reguladoras o poder de editar normas gerais e abstratas a fim de regular setores específicos da economia.

O poder de criação de regras de caráter técnico pelas agências reguladoras, como fonte primária de direito, advém do “amplo grau de generalidade e abstração característico das leis de criação das agências”, que permitiria a inovação no ordenamento jurídico a criar direitos e obrigações<sup>29</sup>, ou seja, o poder normativo das agências é conferido pelo legislador por meio do que pode ser identificado como delegação normativa legal: a lei delega àquelas entidades o poder de editar regras técnicas, mas dotadas de generalidade e abstração.

Servem de exemplos de delegação normativa legal: o art. 4º, VII (“estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de saúde, de mecanismos de regulação no uso dos serviços de saúde”) da Lei n. 9.961/00, que cria a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar; o art. 7º, III (“estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações da vigilância sanitária”), da Lei n. 9.782/99, que cria a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; dentre outros.

Há grande discussão doutrinária acerca do suposto déficit democrático no poder normativo das agências reguladoras, mas o exame aprofundado do tema escaparia dos limites do presente trabalho.

Para finalizar, Gustavo Binjenbojm resume de forma lapidar o impacto das agências reguladoras na administração pública:

Na verdade, a regulação independente enseja inúmeras e relevantes questões nos campos do direito e da política, como a revisão dos fundamentos legitimadores do poder, a redefinição do esquema clássico de articulação entre os poderes do Estado, o avanço da tecnocracia sobre a dialética política e a progressiva submissão do direito à exigências da economia.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, págs. 278/279.

<sup>30</sup> BINENBOJIM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 44.

Ao fim e ao cabo, o que tal construção teórica, bem como a revisão histórica assumem de relevo para o presente trabalho é o fato de que as transformações pelas quais passou o Estado fez com que a Administração Pública também se modificasse ao longo do tempo, tornando-se cada vez mais complexa, objetiva e subjetivamente, se comparada com a sua feição inicial à época da Revolução Francesa. E progressiva complexidade tem impacto direto no nosso estudo, vez que com as transformações o princípio da legalidade administrativa também precisou modernizar a fim açambarcar outras fontes de direito (Constituição, princípios, direitos fundamentais, doutrina, decisões judiciais) para além da lei em seu sentido estrito, consoante será examinado no capítulo deste trabalho. Some-se a isso, ainda, a possibilidade de a própria Administração Pública editar normas gerais e abstratas por meio de suas agências reguladoras, por exemplo.

### **1.2 A intensidade do controle judicial da Administração Pública brasileira**

A estrutura organizacional complexa da Administração Pública e as suas atribuições demasiadamente ampliadas desde a sua concepção inicial, de modo a passar a contemplar, inclusive, competência normativa, atingem diretamente a intensidade do controle em concreto exercido pelo Poder Judiciário sobre o Estado-administração.

Em outro dizer, a complexidade objetiva e subjetiva da Administração Pública enseja diferentes formas e diversos graus de intensidade no que se refere ao seu controle pelo Poder Judiciário.

No direito brasileiro contemporâneo é inegável que, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o Estado-administração pode ser controlado, com o fito de restabelecer a legalidade, pelos órgãos incumbidos de exercer a atividade jurisdicional, em que pese nem sempre tivesse sido assim.

Com efeito, assim como ocorreu com o controle do Poder Executivo, enquanto órgão responsável pelo exercício da administração pública, feito pelo Legislativo a partir do princípio da legalidade, também o controle feito pelo Poder Judiciário evoluiu

ao longo do tempo, indo desde a total irresponsabilidade pelos seus atos – insindicabilidade da conduta da administrativa da forma mais ampla possível – até o controle judicial em concreto, inclusive em relação às políticas públicas.

Na antiguidade, a impossibilidade de se demandar o Estado advinha do fato de que era senso comum que o seu poder possuía origem divina. Sundfeld, àquela época ensina que desde aquele momento

[...] os tribunais só conheciam das demandas entre cidadãos, não se cogitando do exame judicial de questões envolvendo o Poder Público. Vale dizer: não havia como questionar, perante um órgão julgador, o desrespeito pelos detentores do poder político das normas que regulavam seu exercício.<sup>31</sup>

Na Idade Média e até meados da Idade Moderna, de igual modo, vigorava, na Inglaterra, a irresponsabilidade do Estado, que derivava da máxima: “*The King can do no wrong*”, cuja origem é tributada ao direito inglês que fundava o poder real também na origem divina. Tal teoria vigorou na Inglaterra até o ano de 1948, quando a responsabilidade da Coroa passou a ser admitida.<sup>32</sup>

Também na França, até o início do século XIX, a regra era a da irresponsabilidade do Estado, que perdurou até pouco depois da Revolução Francesa, sendo que o marco inicial de responsabilidade do Estado foi a decisão proferida pelo “*Tribunal des Conflits*” na França, em 1º de fevereiro de 1873, segundo relata Cirne Lima<sup>33</sup>.

Tendo em vista que o Direito Administrativo francês influenciou diretamente o brasileiro, é de bom alvitre detalhar um pouco mais o histórico da intervenção judicial na Administração Pública na França.

Odete Medauar, referindo-se à Jacqueline Morand-Deviller, administrativista francesa, narra que antes mesmo da Revolução Francesa no final do século XVIII, em 1641 foi editado o “Edit de Saint-Germain”, que proibia os magistrados até mesmo de conhecer de assuntos que podiam dizer respeito ao Estado-administração ou Estado-

---

<sup>31</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 31;

<sup>32</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 533.

<sup>33</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, págs. 532 e 534.

governo.<sup>34</sup> Observem que a proibição era legal e dizia respeito ao conhecimento da demanda, isto é, eventual provocação em desfavor do Estado era um verdadeiro natimorto.

Como consequência da eclosão da Revolução Francesa e com ela a doutrina da separação da atividade administrativa da atividade jurisdicional em órgãos distintos, foi editado decreto em 22 de dezembro de 1789 que previa textualmente que: “As administrações de departamentos e distritos não poderão ser perturbadas no exercício de suas funções administrativas por nenhum ato do poder judiciário”.<sup>35</sup> Tal disposição consagrava, assim, inviolabilidade da Administração Pública.

Em 24 de agosto de 1790, quase oito meses após o ato normativo anterior, foi publicada a Lei nº 16 que assim tratava do tema: “as funções jurisdicionais são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos nem citar perante si os administradores em razão de suas funções”, como salientado por Odete Medauar.<sup>36</sup>

Em 1800, Napoleão Bonaparte editou lei que estabelecia que o pronunciamento do Conselho de Estado, recém-criado, ficaria condicionado à decisão final do Primeiro Cônsul – ele próprio, Napoleão -, período que ficou conhecido como a “justiça retida”, vez que a última palavra na justiça administrativa era reservada ao soberano, limitando-se o Conselho à emissão de pareceres<sup>37</sup>.

Somente entre os anos de 1872 e 1873 que a jurisdição administrativa francesa passou a ter independência, mas, por outro lado, passou a ter envergadura constitucional ainda mais tardiamente: em 1980.<sup>38</sup>

Nessa seara, registra Ruy Cirne Lima que a teoria da irresponsabilidade do

---

<sup>34</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

<sup>35</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

<sup>36</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 206.

<sup>37</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 206/207.

<sup>38</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 207.

Estado vigorou até a primeira metade do século XIX, após o que, ainda que de forma tímida, o Judiciário passou a controlar os seus atos.

Relativamente ao Brasil, a Constituição da República de 1891 previu a responsabilidade dos “funcionários públicos” pelos “abusos e omissões que incorrerem no exercício dos seus cargos”, conforme o seu artigo 82, mas silenciou-se quando à responsabilidade do Estado propriamente dita.<sup>39</sup>

Mais especificamente, Sundfeld destaca a partir de que momento, na República, e quais os limites inicialmente delineados nortearam o controle da Administração Pública pelo Judiciário:

“Logo no início da república brasileira, em 1894, uma norma expressiva (a Lei 221, que organizou a Justiça Federal) delimitaria com clareza a atuação do Judiciário no controle da Administração Pública. Aos juízes apenas caberia reparar a ‘lesão de direitos individuais’ causadas por ‘decisão das autoridades administrativas’. Era uma função corretiva, de simples anulação de atos, em favor de indivíduos. E o que os juízes levariam em conta? As ‘razões jurídicas’, só elas, nunca o ‘merecimento’, de modo que as medidas do ‘poder discricionário’ só se poderiam anular por ‘incompetência’ ou ‘excesso de poder.

O ‘merecimento’, o ‘discricionário’, eram campo da política – dos legisladores e administradores – a salvo da interferência de juízes. A justificativa desse arranjo relativamente simples parecia bem clara: tratava-se de dividir competências entre os órgãos do Estado exclusivamente a partir das ideias clássicas de Separação dos Poderes, de lei e de Direito.<sup>40</sup>

O Código Civil de 1916 também teve importante participação nessa evolução, pois previu expressamente a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos seus atos.

A partir de então o Estado, mais especificamente, a Administração Pública, passou a se submeter ao controle judicial tanto no que se refere ao exame de validade de seus atos, a fim de, se o caso, anulá-los, quanto no que atine à responsabilidade do Estado por atos lesivos aos particulares, dentre outras espécies de sujeições estatais.

---

<sup>39</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 535.

<sup>40</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari., Apresentação;

Com efeito, a fim de garantir a estabilidade da sociedade e pacificação das relações sociais, atualmente não se questiona acerca do papel do Poder Judiciário nessa função. De igual forma, também imbuído de tais objetivos, não há dúvidas, atualmente, acerca da submissão da Administração Pública ao controle dos seus atos pelo órgão estatal incumbido de exercer a atividade jurisdicional, sobretudo em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição expressamente previsto no texto constitucional brasileiro (art. 5º, XXXV, CRFB).

Em outro dizer, no direito brasileiro atual, o controle jurisdicional da Administração Pública encontra assento na Constituição de 1988, mais especificamente no inciso XXXV do artigo 5º que, ao consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, assim dispõe: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. A partir da norma que se extrai desse dispositivo, chega-se à conclusão segundo a qual nem mesmo o ato formal oriundo do Legislativo (a lei) poderá excluir a Administração Pública do controle judicial.

Contrastando o princípio em tela em face do controle da Administração, Odete Medauar realça as palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho nos seguintes termos:

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas aos tribunais, o que ensejaria o arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do Executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta, eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas.<sup>41</sup>

Acerca dessa espécie de controle, em interessante exposição, Phillip Gil França destaca que se a sociedade fosse mantida somente com base da autonomia privada, de forma individualista, tal conformação não proporcionaria o seu desenvolvimento ideal, ao revés causaria prejuízos, estagnação e até mesmo retrocesso da evolução socioeconômica, surgindo a necessidade de estabelecer a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado de forma imparcial e impositiva.<sup>42</sup> Daí a necessidade de se estabelecer como dogma incontestável o amplo e irrestrito acesso à tutela jurisdicional.

---

<sup>41</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 215.

<sup>42</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 45.

Por outro lado, em que pese seja inegável a submissão da Administração Pública ao controle jurisdicional na atualidade, Sérgio Guerra adverte que o excesso da atuação jurisdicional sobre as condutas administrativas, omissivas ou comissivas, carrega em si a discussão acerca da “substituição das decisões de agentes públicos, democraticamente eleitos ou não, pelos magistrados”<sup>43</sup>. Trata-se de debate existente entre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, um dos pilares de uma sociedade democrática, de um lado, e o princípio da Separação dos Poderes, na sua clássica concepção de Montesquieu, de outro.<sup>44</sup>

Em razão disso, Juarez Freitas adverte que o “o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário há de se operar quanto à competência em sentido amplo, verificando a existência ou não da usurpação dos poderes da autoridade”<sup>45</sup>, ou seja, segundo o seu entendimento, no controle da Administração, o Judiciário não pode “emitir juízo substitutivo de valor”<sup>46</sup>, devendo-se limitar a analisar a ocorrência ou não do desvio de finalidade, atuando como “administrador negativo”<sup>47</sup>.

Todavia, desgarrando-se um pouco dessa assertiva e ampliando a discussão, Odete Medauar destaca que há dois posicionamentos acerca da amplitude do controle jurisdicional da Administração Pública: (i) a primeira corrente doutrinária adota o que a autora chama de *controle restrito*, que estaria ligado somente aos aspectos relativos à forma, competência e licitude do objeto, tendo por fundamento os critérios de legalidade e constitucionalidade, cujos pressupostos seriam a preservação do princípio da Separação dos Poderes, pois evitaria a ingerência do Judiciário no Executivo e a falta de legitimidade democrática do Judiciário para controlar o interesse público<sup>48</sup>; e (ii) o segundo posicionamento prega o *amplo* controle judicial da Administração e fundamenta-se, curiosamente, também na Separação dos Poderes, mas sob a ótica de que um poder tem o dever de controlar o outro. Este segundo posicionamento

---

<sup>43</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 214.

<sup>44</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 215.

<sup>45</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, p. 143.

<sup>46</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, p. 143.

<sup>47</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, p. 144.

<sup>48</sup> As questões relativas ao posicionamento doutrinário que prega a falta de legitimidade democrática no controle judicial exercido sobre a Administração Pública serão abordadas em tópico próprio.

ampliativo admite até mesmo o controle das condutas administrativas fundadas em competência discricionária, não apondo o Judiciário como substituto do administrador, mas sim como controlador do arbítrio.<sup>49</sup>

Ocorre que, em pese, seja assegurado pela Constituição de 1988 o amplo controle jurisdicional da Administração Pública discussões há acerca da intensidade dessa intervenção judicial, sobretudo quando se está diante da competência vinculada, competência discricionária e quando se fala de mérito administrativo. Considerando a riqueza do assunto e a sua importância para o presente trabalho, estudaremos no adiante as peculiaridades e os contornos dessa temática.

Todavia, fato que merece destaque para o presente estudo é que, na sociedade brasileira contemporânea, em que vigora a Carta de 1988, é a jurisdição estatal exercida pelo Poder Judiciário a responsável pela tutela dos direitos e princípios fundamentais estabelecidos de forma expressa ou não na Constituição da República, proteção esta oponível inclusive em face do próprio Estado<sup>50</sup>.

Para concluir o tema relativo ao controle jurisdicional da Administração Pública, deve ser apenas destacado que, atualmente, em decorrência do movimento identificado como “ativismo judicial”, muito se discute acerca dos limites da interferência judicial nas políticas públicas planejadas ou executadas pelo Executivo. O exame aprofundado do assunto escaparia aos limites do presente trabalho, razão pela qual nos limitaremos a afirmar que não há pacificação acerca da possibilidade ou não da ingerência judicial de forma indiscriminada, conforme destaca Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Não obstante, não é pacífica a aceitação de que a *obrigação de atingir resultados qualificados pela legitimidade e pela eficiência*, tanto nos meios quanto nos fins, *que efetivamente executem as diretrizes constitucionais*, possa ser objeto de *controle judicial*. Tal questão é um desafio, talvez um dos maiores a serem arrostados pelo Direito Público neste século, que se apresenta à racionalização da vida organizada graças às possibilidades abertas pelo

---

<sup>49</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 221/226.

<sup>50</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 50.

neoconstitucionalismo [...].<sup>51</sup> - os destaques são originais.

Em resumo, segundo a nossa ótica, o sistema jurídico parece de mostrar íntegro da seguinte forma: o Estado, por meio do Poder Legislativo, edita atos normativos tendentes a regular o convívio social dos particulares entre si, entre os particulares e o Estado, entre o Estado e o próprio Estado, regulação esta em que são criados direitos e obrigações<sup>52</sup>; uma vez violada algum direito ou obrigação (criado diretamente pelo Estado ou indiretamente), o Estado-juiz, por meio do Poder Judiciário é chamado a intervir a fim de restabelecer a ordem jurídica antes vergastada, quer pelo particular, quer pelo próprio Estado.<sup>53</sup>

### 1.2.1 O controle judicial dos atos discricionários

Já à época da França revolucionária, o Poder Executivo possuía participação no processo legislativo, que era exercido por meio dos vetos (*faculté d'empêcher*), todavia, uma vez editada a lei, a Administração Pública não possuía margem discricionária, deveria atuar somente na posição unicamente determinada pelo ato normativo emanado do Poder Legislativo<sup>54</sup>. Isto é, a competência administrativa era exercida de forma plena e regradamente vinculada.

Ainda à época da França revolucionária, a competência discricionária era considerada um “corpo estranho” no Estado de Direito, era tida como resquício do poder arbitrário que antes era concentrado nas mãos do imperador ou do rei e, portanto, deveria ser eliminada.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, págs. 129/130.

<sup>52</sup> Nesse sentido: FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 43, para quem o direito não se apresenta “*só como um contraponto limitador da atividade do homem, mas sim como um elemento promotor da organização e do alcance dos instrumentos de seu pleno desenvolvimento – como expressado, via a paz e a liberdade*”.

<sup>53</sup> No sentido do texto: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 236, para quem, o legalismo formal é o sistema em que “*o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades formais*”.

<sup>54</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 39.

<sup>55</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 44, nota de rodapé n.º 51.

Com efeito, as regras legais descreviam com rigor de detalhes e com exatidão a conduta que poderia ser adotada pela Administração Pública, não comportando espaços para julgamentos subjetivos do administrador, pelo que os seus atos emanavam de competência tipicamente vinculada.<sup>56</sup>

Assim, o ato administrativo estava, e ainda está, direta e necessariamente subordinado à norma jurídica anterior, que se desincumbiu de fixar ao agente público a competência para sua prática<sup>57</sup>, mas à época da Revolução inexistia margem para a criatividade com vistas à colmatação na regra no caso concreto pelo administrador. Quer-se afirmar com isso que todo ato administrativo está vinculado à norma jurídica que lhe dá substrato jurídico e que serve também de contenção do arbítrio, seja ele fundado em competência discricionária ou em competência vinculada, embora, na sua origem, fosse impensável cogitar-se de margem à discricionariedade do administrador.

Todavia, como visto, a Administração Pública se tornou cada vez mais complexa, em acompanhamento à evolução da própria sociedade e da ampliação do catálogo de direitos dos cidadãos, mas o legislador não logrou êxito em acompanhar tal evolução, razão pela qual as leis passaram a adotar os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, os quais conferiam ao administrador discricionariedade na integração da norma.<sup>58</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello cita algumas expressões que são comumente utilizadas pelo legislador para conformar tais “conceitos indeterminados”: “*situação urgente, notável saber, estado de pobreza, ordem pública*”<sup>59</sup> etc. Nessas hipóteses, como é possível ao Administrador realizar juízo subjetivo, diz-se que há discricionariedade ao administrador, ou dito de outra forma, confere, a lei, ao administrador liberdade relativa<sup>60</sup> para a prática de determinado ato.

Parte da doutrina discorda desse posicionamento e afirma que os conceitos

---

<sup>56</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 43.

<sup>57</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, págs. 60/61.

<sup>58</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 51.

<sup>59</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 17.

<sup>60</sup> Fala-se em “liberdade relativa”, haja vista que, em que pese assumo papel de relevo o subjetivismo do administrador na colmatação da regra posta, tal liberdade subjetiva está delimitada pelo espectro legal.

indeterminados - fluidos, vagos ou abertos - somente assim o seriam quando previstos em abstrato. A partir do momento em que se está diante de um caso concreto, ou seja, por ocasião da sua aplicação, deixaria de ser discricionário. O argumento, como destaca Celso Antônio, referindo-se à doutrina alemã, é que tais expressões “à vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não ‘urgente’”<sup>61</sup>, por exemplo.

O próprio Celso Antônio rebate as críticas afirmando que, ainda que os conceitos indeterminados, no caso concreto, ganhem densidade suficiente para assumirem sentido unívoco, nem sempre isso ocorrerá como uma verdade absoluta. É que, segundo ele, “em inúmeras situações, mais de uma interpretação seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria de verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado”<sup>62</sup>.

Deve ser destacado, de outro lado, que, por mais vago e impreciso que sejam as expressões utilizadas na regra legal, elas possuem um conteúdo mínimo determinável, isto é, carregam em si “certa densidade mínima”<sup>63</sup>, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello. Mais especificamente, explicita o autor que, em relação aos conceitos indeterminados “se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada”<sup>64</sup>. Ou seja,

[...] o Direito é uma *linguagem*; é uma fala que veicula *prescrições*. O que nele se diz é para ser compreendido pela Sociedade, de modo a que as pessoas em geral possam conhecer seus próprios direitos, atuar na conformidade das leis e evitar as consequências da sua eventual transgressão. Segue-se que o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes

---

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 22.

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 22.

<sup>63</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, págs. 28/29.

<sup>64</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 29.

corresponde.<sup>65</sup>

Em que pese essa discussão doutrinária, o fato é que a partir dos conceitos indeterminados dispostos nos textos normativos começaram a surgir, assim, os atos administrativos editados com fulcro em competência discricionária, em contraposição aos atos fundados em competência vinculada, os quais – estes últimos –, frise-se, disciplinavam a conduta do administrador estabelecendo previamente e de forma objetiva “quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomada”<sup>66</sup> por ele.

A partir de então surge a dicotomia que vigora até a atualidade no Direito Administrativo: atos administrativos fundados em competência vinculada e atos administrativos editados a partir de competência discricionária. E o estudo dessa dicotomia é de fundamental importância para o presente trabalho, pois, no primeiro caso, é inegável a possibilidade de haver o controle externo da Administração Pública, sobretudo no ambiente jurisdicional, todavia, em relação ao segundo caso (ato administrativo editado a partir da competência discricionária), o mesmo não pode ser afirmado com tanta tranquilidade em razão da existência do dogma do “mérito do ato administrativo”, por vezes invocado como limitador de ingerências externas à Administração, até mesmo pelos órgãos jurisdicionais.

A discricionariedade da competência administrativa, assim, é a possibilidade conferida pelo legislador ao administrador de colmatar a regra jurídica prevista em abstrato a fim de atingir a finalidade pública em um dado caso concreto. Isto é, caracteriza-se como certa liberdade conferida ao administrador para agir, no caso concreto, dentro dos limites previamente designados no ato normativo emanado do Legislativo.

Em outro dizer, a discricionariedade emana da própria lei, da própria conduta do Legislativo tendente a conferir à Administração Pública o poder integrar a norma

---

<sup>65</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, págs. 29/30.

<sup>66</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.

jurídica em face de uma situação concreta justamente por estar a ela mais próximo.<sup>67</sup> Em uma palavra: trata-se de técnica de integração da regra jurídica abstratamente prevista pelo legislador.

A seu turno, em lição exemplar, Diogo de Figueiredo explicita a sua concepção de discricionariedade administrativa:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata e concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico<sup>68</sup>.

Destaca, ainda, o festejado autor que a discricionariedade, além tratar-se de “*técnica de integração jurídica*”, não se apresenta como competência exclusiva do Poder Executivo, posto também ser afeita ao Legislativo e ao Judiciário. Isto é, constatada a lacuna legal (ou delegação legal, como querem alguns), cabe ao administrador, ao legislador e ao julgador colmatar a norma adaptando-a ao caso concreto, tendo em vista ao interesse público a ser alcançado naquela dada situação<sup>69</sup>.

Celso Antônio, por outro lado, salienta as hipóteses em que, sob sua ótica, ocorrerá a discricionariedade administrativa:

[...] a discricionariedade pode residir na **hipótese da norma**, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Pode residir no **comando da norma**, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se se pratica ou se não pratica dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Finalmente, pode residir na **finalidade da norma**, pois, como ela serve de diretriz para a interpretação dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são unissignificativos, a fluidez da finalidade reflui sobre o pressuposto de fato<sup>70</sup>. – os destaques não são originais.

---

<sup>67</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 68.

<sup>68</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 33

<sup>69</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 31.

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 20.

Assim, segundo o autor, em resumo, em três circunstâncias pode ser verificada a ocorrência de discricionariedade administrativa, a saber: (i) na hipótese da norma, (ii) no comando da norma e (iii) finalidade da norma.

Ainda nesse diapasão, como as regras gerais são voltadas à Administração com o fito de serem concretizadas no caso concreto, é claramente perceptível que é impossível ao legislador prever de antemão todas as situações fáticas que poderão atuar na esfera administrativa. Sobre o tema, destaca Sérgio Guerra:

À medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos de lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a Administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e díspares. A Administração encontra, assim, no processo de sua realização, um campo livre de desenvolvimento, no qual lhe é facultada a seleção da maneira de agir. Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar livremente com referência à *oportunidade* e à *conveniência* dos atos administrativos<sup>71</sup>.

Como bem destacado pelo autor, são os critérios de *conveniência* e *oportunidade* que pautam os atos administrativos editados com base na competência discricionária, mas sempre observada a deferência legal. É nessa seara que surge a concepção de mérito administrativo.

Adverte, porém, Celso Antônio que não é correto afirmar que a discricionariedade administrativa seja caracterizada unicamente “em função do tema ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, da ‘conveniência e oportunidade do ato’”, uma vez que “também envolve o tema de inteligência dos conceitos vagos”, os quais, segundo ele, estão compreendidos no mérito administrativo<sup>72</sup>.

Com efeito, o mérito do ato administrativo é o “sentido político” da ação do Estado Administrador, como bem destaca Diogo de Figueiredo ao fazer referência a

---

<sup>71</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 61.

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 28.

Seabra Fagundes e a José Cretella Jr.<sup>73</sup> Trata-se da porção intocável do ato administrativo, contemplada pelo motivo e pelo objeto e fora do âmbito de controle externo, sob pena de haver ingerência indevida do Poder Judiciário no Poder Executivo.

Com efeito, a doutrina clássica de Seabra Fagundes sentencia que “o mérito está no sentido político do ato”<sup>74</sup>, ao passo que, em razão disso, “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade”<sup>75</sup>. No mesmo sentido, também clássicos são os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, para quem: “em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação”<sup>76</sup>.

Todavia, na atualidade, o dogma da insindicabilidade do mérito administrativo foi abrandado pela doutrina mais moderna.

Antes, porém, de expor as razões doutrinárias contemporâneas que gravitam em torno da sindicabilidade do mérito administrativo, merece destaque a posição de Enterría e Fernández segundo a qual não se discute acerca da possibilidade de controle judicial dos atos administrativos fundados na competência discricionária são passíveis de controle pelo Judiciário, justamente porque discricionariedade e mérito administrativo, embora sejam temas correlatos, não se confundem. Este é o ensinamento dos festejados autores espanhóis:

[...] a essência da discricionariedade está na existência de uma pluralidade de soluções, que a Administração é livre para escolher, hipótese na qual, para a norma autorizadora, todas elas são igualmente aceitáveis, em tese. Disso decorre que o controle da discricionariedade opera como um controle da observância dos limites que a Lei e o Direito estabelecem em cada caso para emoldurar essa liberdade de escolha. O desfecho de um processo trancado em função de uma decisão discricionária será, por isso, normalmente, a anulação de tal

---

<sup>73</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 46.

<sup>74</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 149.

<sup>75</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 148.

<sup>76</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28ª ed., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 151.

decisão quando, efetivamente exceder os limites em questão.<sup>77</sup>

Feitos tais esclarecimentos com arrimo na exemplar doutrina espanhola, cumpre indagar: o mérito do ato administrativo pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário? Como visto, baseando-se na doutrina clássica, encarnada nos ensinamentos de Seabra Fagundes, a resposta a tal indagação seria absolutamente negativa. Todavia, considerando a evolução do Direito Administrativo, na atualidade, que deve ser interpretado sob a ótica constitucional e principiológica (pós-positivismo) o posicionamento negativo permanece incólume? Vamos à resposta.

De saída, destaca-se que o próprio Hely Lopes Meirelles, que pregava a impenetrabilidade do mérito administrativo pelo Judiciário<sup>78</sup>, admite a revisão e a anulação do mérito do ato administrativo pela via judicial, “desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder”<sup>79</sup>.

Todavia, indo um pouco mais além, há autores que atualmente defendem o controle do mérito do administrativo e nesse mister não identificam qualquer interferência indevida do Judiciário no Executivo, ou seja, não vislumbram violação ao princípio da Separação dos Poderes.

Este posicionamento doutrinário inicia a sua defesa ao argumento de que os direitos fundamentais afiguram-se como um catálogo mínimo de direitos que não podem ser atingidos pelo Estado, em qualquer de suas funções (de legislar, de julgar e de administrar), ou pelos próprios particulares.<sup>80</sup>

Além disso, outra premissa levantada é no sentido de que “depois de largo domínio da soberania pura estatal, aumenta a importância da Constituição como a máxima garantia contra o arbítrio dos poderes públicos e também como norma diretiva fundamental”.<sup>81</sup> Assim, no Estado Constitucional, somente a Constituição é soberana.

---

<sup>77</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 1. Tradução: José Alberto Froes Cal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 490/491.

<sup>78</sup> Conforme nota de rodapé n. 127.

<sup>79</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28ª ed., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 151.

<sup>80</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 156.

<sup>81</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 157.

Não é encontrada soberania nem no Judiciário, nem no legislativo, nem no Executivo, mas tão somente na Carta Magna. Fora dos termos constitucionais, não poderá haver exercício do poder.<sup>82</sup>

Em outras palavras, segundo Georges Abboud, o agir do Poder Público, considerado em sentido amplo, deve ser pautado em total observância aos direitos fundamentais e a sua inobservância, além de se caracterizar em manifesta inconstitucionalidade, estará desprovida de legitimidade.<sup>83</sup> Por essa razão, fala-se em paridade entre o Poder Público e o particular, não mais existindo espaço para o clássico princípio da supremacia do interesse público isoladamente.

Ademais, se até mesmo os atos emanados do Poder Legislativo – as leis no seu sentido formal – são passíveis de controle de constitucionalidade, não há razão, segundo essa corrente doutrinária, para imunizar o ato administrativo discricionário do controle de legalidade/constitucionalidade feito pelo Judiciário.<sup>84</sup> Do contrário, estar-se-ia a criar regra imunizante sem qualquer justificativa razoável, ainda segundo esse posicionamento doutrinário.

Também sob a ótica do constitucionalismo, o ato administrativo assume nova feição. Com efeito, segundo tal posicionamento doutrinário:

Não cabe mais concebê-lo [o ato administrativo], como outrora [à época da Revolução Francesa], como uma decisão unilateral dotada de força jurídica que constitui uma relação geral de poder, assujeitando o cidadão aos desígnios do poder público. O ato administrativo em uma Administração paritária [igualdade entre cidadão e Administração] não é um ato de subordinação, mas um ato expedido no exercício de uma faculdade concebida pela ordem jurídica em vista da conformação jurídica incondicionada, isto é, não sujeita ao mecanismo de prévia concordância. [...] Assim, em um Estado Democrático de Direito, que atinge também a Administração, o ato administrativo deve ser entendido como correspondendo a uma “faculdade” atribuída ao Executivo de, com base e na base de uma ordem jurídica paritária, conformar unilateralmente consequências jurídicas.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 158.

<sup>83</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 163.

<sup>84</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 165.

<sup>85</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 164.

A conclusão é que, nesse cenário contemporâneo em que a Administração Pública, em todas as suas esferas, deve total e irrestrita obediência e subordinação aos ditames constitucionais e, sobretudo, aos direitos fundamentais dos cidadãos, “não se pode mais admitir uma área em que a Administração Pública possa agir livremente em termos discricionários, um agir que não poderia ser submetido a um teste de legalidade/constitucionalidade.”<sup>86</sup>

De outra banda, Odete Medauar destaca que as condutas identificáveis como “atos de governo” são insindicáveis pelo Poder Judiciário. Segundo ela, esses atos são aqueles que emanam do Chefe do Poder Executivo “e produzem consequências externas, pois seus destinatários são, de regra, outros poderes públicos, outros Estados e organismos internacionais” e cita como exemplos desses atos: “apresentação e retirada de projeto de lei; sanção, promulgação e publicação de leis; convocação de sessão extraordinária do Congresso Nacional; veto a projetos de lei; decretação e execução de intervenção federal; celebração de tratados, convenções e atos internacionais”.<sup>87</sup>

Sobre o tema, lembra Seabra Fagundes que as Constituições brasileiras de 1934 e 1937 dispunham de forma expressa no sentido de que o Judiciário “não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas”<sup>88</sup>, ao passo em que conceitua “ato exclusivamente político” como aquele “que há de conter medida de fins unicamente políticos (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo)”<sup>89</sup>.

Na realidade, sob a nossa ótica, tanto os atos administrativos editados com base em competência discricionária, quanto os fundados em competência vinculada comportam controle externo, sobretudo pelo judiciário. O que vai variar em um e em outro caso é a intensidade desse controle. Enquanto no segundo caso (em que há vinculação), toda a conduta administrativa poderá ser revisada, se ilegal; no primeiro

---

<sup>86</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 159.

<sup>87</sup> MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

<sup>88</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 161.

<sup>89</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 164.

(em que há discricionariedade), o mérito administrativo terá o seu controle externo mais limitado, reduzindo-se, assim, a sua intensidade para o crivo da razoabilidade.

Todavia, o que pensamos ser uma barreira intransponível é a atuação do órgão do Judiciário como administrador positivo. Isto é, ainda que admitamos o controle judicial do ato administrativo fundado em competência discricionária, este controle deve se limitar a invalidá-lo, seja por critérios de razoabilidade, seja por critérios de legalidade. Em hipótese alguma o Poder Judiciário poderá substituir-se ao Administrador Público em relação à opção a ser feita. Essa deferência judicial é mais evidente quando se está diante da chamada “discricionariedade técnica”, conforme será visto adiante.

### **1.2.2 O controle judicial dos atos vinculados**

Em que haja divergência doutrinária acerca do controle do ato administrativo fundado em competência discricionária, o mesmo não ocorre em relação aos atos administrativos editados com fundamento na competência vinculada, vez que, nesses casos, a relação de subsunção do ato com a regra legal que lhe dá substrato é de fácil cotejamento pelo Poder Judiciário.

Na concepção da doutrina clássica, a atuação administrativa vinculada dar-se-ia “quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos”<sup>90</sup>.

Com efeito, os atos fundamentados em competência vinculada são aqueles em que lei limitou de tal forma a liberdade administrativa que apenas uma conduta poderia ser adotada pela Administração Pública. Nesses casos, não há margem para a opção do Administrador Público, vez que o legislador delimitou previamente a única escolha possível naquele dado caso concreto.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández apresentam uma longa,

---

<sup>90</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 9.

porém completa, conceituação do poder vinculado:

O exercício das potestades vinculadas deixa para a Administração a tarefa de constatar (*accertamento*, no expressivo conceito italiano) a hipótese do fato legalmente definido de forma completa e a aplicação, na existência deste, daquilo que foi determinado pela própria lei, também de forma exaustiva. Verifica-se aqui um processo de aplicação da Lei que não deixa margem a qualquer juízo subjetivo, salvo a constatação ou verificação da hipótese, inclusive para cotejá-la com o tipo legal. A decisão relativa ao exercício da potestade é obrigatória na ocorrência da hipótese e seu conteúdo não pode ser configurado livremente pela Administração, senão que deve se limitar ao previsto pela própria Lei a respeito desse conteúdo definido e completo. Neste caso, a Administração opera de um modo que poderia ser chamado de automático – não fosse pelo fato de que o processo de aplicação da Lei, por exaustivas que sejam as previsões contidas nesta, raramente permita utilizar com propriedade tal conceito, diante da necessidade de processos interpretativos que incluem obrigatoriamente avaliações, ainda que estas não sejam obviamente apreciações subjetivas [...].<sup>91</sup>

A sua aplicação é verificada nas mais diversas áreas do direito público. Se, por exemplo, o superior hierárquico identificar que determinado servidor público praticou ato em desconformidade com os deveres funcionais, deve determinar a instauração de processo administrativo a fim de aplicar-lhe a sanção cabível. Não há, nesse caso, margem para a discricionariedade: constatada a possível falta, é dever (ato vinculado) do superior hierárquico adotar as medidas cabíveis com vistas à instauração de processo administrativo para garantir o exercício do contraditório e da ampla defesa ao servidor faltoso antes de eventual aplicação de penalidade administrativa.

De igual forma, a Administração Pública deverá necessariamente expedir licença de funcionamento – ato vinculado - para o particular que preencha os requisitos relativos à atividade econômica pretendida e que tenha apresentado requerimento nesse sentido.

Também se verifica a competência vinculada quando: uma vez constatada a edição de determinado ato administrativo em desconformidade com os seus requisitos legais, é dever da autoridade pública responsável proceder à sua anulação, inexistindo margem discricionária para deixar de expurgar o ato nulo do mundo jurídico, vez que se trata de atividade plenamente vinculada.

---

<sup>91</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. 1. Tradução: José Alberto Froes Cal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 462.

Na seara tributária, a autoridade fiscal estará obrigada a proceder ao lançamento fiscal quando constatada a ocorrência do fato gerador do tributo, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Em todas essas situações e em inúmeras outras não há margem de discricionariedade para o atuar administrativo, o legislador já impôs previamente a solução única para o caso.

Ante tal cenário, o ato administrativo editado com fundamento na competência vinculada submetido ao crivo judicial impõe ao órgão julgador o dever de proceder a subsunção da situação hipoteticamente prevista na lei ao ato concretamente considerado, a fim identificar o acerto ou não do resultado previsto em lei.

O que se quer afirmar com isso é que a única atuação judicial possível diz respeito à análise dos aspectos relativos à legalidade, isto é, ou o ato administrativo vinculado observou todos os contornos previstos na lei e, portanto, será considerado legal ou, de outro lado, foi editado em inobservância a um ou mais dos requisitos previstos na moldura legal e deverá ser declarado nulo, inválido.

Como se vê, no controle judicial dos atos administrativos editados com fundamento na competência vinculada, é impensável a ingerência do órgão jurisdicional no mérito administrativo pela simples razão de que os critérios de conveniência e oportunidade são praticamente inexistentes nesses casos.

### **1.2.3 O controle judicial da discricionariedade técnica**

Tema diretamente relacionado à evolução da Administração Pública, tanto no direito brasileiro quanto no direito comparado, especificamente no que se refere ao agir do Estado-administração, é a chamada “discricionariedade técnica”. A temática possui ainda maior relevância para o presente estudo quando se confronta o controle judicial

em face dos atos editados com fundamento nessa “discricionariedade técnica”.<sup>92</sup>

Maria Sylvia Di Pietro lembra que a expressão discricionariedade técnica foi utilizada pela primeira vez em 1864 por Bernatzik, na Áustria, que pretendia, sob tal rubrica, englobar as decisões administrativas que, não se enquadrando no conceito de discricionariedade, estariam fora do controle judicial por serem posturas tomadas pelos administradores pela sua formação técnica.<sup>93</sup>

Como se vê, a expressão foi inicialmente pensada com o intuito exclusivo de deixar de fora do controle judicial certas opções feitas pelo Administrador Público, todavia, atualmente, a sua concepção é muito ampla.

Enquanto que a discricionariedade administrativa propriamente dita diz respeito à conveniência e à oportunidade na adoção de uma postura dentre aquelas disponíveis em lei, a chamada discricionariedade técnica diz respeito ao fato de que certas decisões administrativas possuem tão elevado grau de especialização administrativo que somente aquela autoridade investida de competência legal e técnica para tal poderia realizar a valoração adequada e necessária.

No dizer de Georges Abboud, “entende-se por discricionariedade técnica a atribuição à Administração, pela norma jurídica, de poder para atuar com fundamento em critérios fornecidos por saberes especializados, sejam esses saberes derivados de ciências puras ou aplicadas”<sup>94</sup>.

Não se trata, em verdade, de atuação administrativa discricionária, vez que, nessas situações não há julgamento a partir da conveniência e oportunidade, mas sim com fundamento na capacidade técnica e legítima da autoridade administrativa responsável por tomar a decisão.

---

<sup>92</sup> O controle judicial dos atos administrados emanados da competência discricionária propriamente dita da Administração Pública será tratado mais adiante. Optamos por proceder ao estudo do controle da discricionariedade técnica já de forma antecipada em decorrência da sua relação direta com a complexidade evolutiva da Administração Pública.

<sup>93</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

<sup>94</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

Georges Abboud invoca os ensinamentos de Miguel Marienhoff e elenca três pontos que, segundo ele, demonstram que a opção administrativa nessa circunstância não poderia ser considerada como discricionária:

(1) a regra técnica deriva de critérios científicos não podendo ser relacionada com a discricionariedade; (2) em regra, a questão técnica é obtida a partir de um único critério científico; (3) na aferição da questão técnica, o elemento interesse público é totalmente irrelevante. Sendo assim, não há discricionariedade técnica quando a resolução da questão administrativa reclama um ditame técnico.<sup>95</sup>

Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Di Pietro:

Um dos aspectos que, no momento, vem despertando interesse é que diz respeito à chamada *discricionariedade técnica*, que alguns preferem chamar de *discricionariedade imprópria*, por entenderem que ela não se identifica com a real *discricionariedade administrativa*, já que não permite a decisão segundo critérios de oportunidade e conveniência.<sup>96</sup>

E complementa:

Nesses casos, não existe discricionariedade propriamente dita, porque a Administração não tem liberdade para apreciar a oportunidade e conveniência do ato; aparecem, então, como inconciliáveis, os vocábulos *discricionariedade e técnica*. Por outras palavras, a distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade e conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos. As decisões sobre se um prédio ameaça ou não cair, se um alimento está ou não deteriorado, se um paciente está ou não com doença contagiosa, não envolvem critérios de oportunidade e conveniência; somente um órgão especializado poderá dar a resposta correta, segundo critério puramente técnico.

Em que pese a autora tenha se utilizado de exemplos relacionados ao dia a dia da Administração Pública que não possuem grande complexidade do ponto de vista técnico, atualmente, as decisões administrativas pautadas em questões de ordem técnica – discricionariedade técnica – ganham especial relevo em razão do papel desempenhado

---

<sup>95</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 151.

<sup>96</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

pela Administração Pública, por exemplo, na regulação de mercado por meio das agências reguladoras.

Dissertando sobre regulação de modo a legitimar a discricionariedade técnica, ensina Sérgio Guerra:

A regulação é uma espécie de intervenção estatal, porém, indireta, que alcança atividades econômicas e sociais, visando, basicamente, a implementação de políticas públicas e a realização dos direitos sociais. Para alcançar seus objetivos, a função de regulação deve perseguir o equilíbrio sistêmico dos setores regulados e, para tanto, deve se valer de uma visão prospectiva, de modo a se afastar das decisões de momento e sem sustentabilidade. A base de suas escolhas deve ser a preponderância técnica (não política), de modo a reduzir-se à pura discricionariedade.<sup>97</sup>

Com efeito, com o advento do Estado Neoliberal, a intervenção do Estado-administração na economia e na vida social foi remodelada para deixar de haver a atuação estatal direta, sobretudo por meio das estatais e dos demais entes da Administração Indireta, para passar a atuar tão somente por meio da regulação das atividades econômicas e sociais.

É nesse cenário que, como visto, surgem as agências reguladoras e, com elas, o conceito de discricionariedade técnica volta à tona, sobretudo para balizar exercício do controle judicial sobre as opções administrativas de ordem técnica. Embora não sejam as opções administrativas adotadas pelas agências reguladoras as únicas formas de manifestação da discricionariedade administrativa<sup>98</sup>, é a partir da decisão daquelas entidades que normalmente são evidenciadas decisões pautadas em critérios exclusivamente técnicos.

Em outro dizer, não é somente na atuação da Administração Pública no mercado regulado em que se evidencia a discricionariedade técnica e a limitação do controle judicial sobre as opções administrativas. Também perante as decisões técnicas tomadas por outras espécies de instituições (Banco Central, INPI, CVM etc.) há deferência judicial.

---

<sup>97</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 75.

<sup>98</sup> Basta pensar, por exemplo, no caso brasileiro: na decisão do INPI que defere ou indefere o registro de determinada marca ou patente; nas resoluções do Banco Central que atingem diretamente as instituições financeiras; nas decisões do CADE que impedem a fusão de determinadas empresas etc.

Em termos de ingerência judicial nas opções técnicas feitas pelo Administrador Público, é possível cogitar de três situações distintas: (i) quando há a omissão ilegal por parte da autoridade administrativa responsável por proferir a decisão técnica; (ii) quando a decisão técnica é flagrantemente ilegal, seja por não ser razoável, seja porque a sua conclusão destoava da sua fundamentação; (iii) quando não há ilegalidade manifesta na decisão e para se verificar eventual desacerto na opção do Administrador Público o órgão jurisdicional dependeria de auxílio técnico.

Na primeira hipótese, em que a autoridade administrativa responsável pela decisão de caráter exclusivamente técnico queda-se inerte, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1162281/RJ<sup>99</sup>, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013, entendeu que o Judiciário poderia intervir na omissão administrativa apenas para que ela seja suprida, mas não para substituir a vontade do Administrador Público. Discutia-se naquela demanda a omissão constante da Resolução 121/05 do INPI que admitia o pedido de reconhecimento de marca de alto renome de forma incidental, mas era silente em relação à possibilidade de o pedido ser feito na via principal. A Terceira Turma do STJ entendeu pela impossibilidade de intromissão no mérito administrativo, ao argumento da insindicabilidade da discricionariedade, mas que nada impedia a fixação de prazo razoável para a conclusão do processo administrativo. Na hipótese, demonstrou-se postura deferente à Administração Pública.

---

<sup>99</sup> Essa é a íntegra da ementa do precedente: “COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. MARCA. ALTO RENOME. DECLARAÇÃO. PROCEDIMENTO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES.

1. Embora preveja os efeitos decorrentes do respectivo registro, o art. 125 da LPI não estabeleceu os requisitos necessários à caracterização do alto renome de uma marca, sujeitando o dispositivo legal à regulamentação do INPI. 2. A sistemática imposta pelo INPI por intermédio da Resolução nº 121/05 somente admite que o interessado obtenha o reconhecimento do alto renome de uma marca pela via incidental. 3. O titular de uma marca detém legítimo interesse em obter, por via direta, uma declaração geral e abstrata de que sua marca é de alto renome. Cuida-se de um direito do titular, inerente ao direito constitucional de proteção integral da marca. 4. A lacuna existente na Resolução nº 121/05 - que prevê a declaração do alto renome apenas pela via incidental - configura omissão do INPI na regulamentação do art. 125 da LPI, situação que justifica a intervenção do Poder Judiciário. 5. Ainda que haja inércia da Administração Pública, o Poder Judiciário não pode suprir essa omissão e decidir o mérito do processo administrativo, mas apenas determinar que o procedimento seja concluído em tempo razoável. Dessa forma, até que haja a manifestação do INPI pela via direta, a única ilegalidade praticada será a inércia da Administração Pública, sendo incabível, nesse momento, a ingerência do Poder Judiciário no mérito do ato omissivo. 6. Por outro lado, os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma discricionariedade técnica e vinculada, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes. 7. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1162281/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013)”.

Na segunda situação - quando a decisão técnica é flagrantemente ilegal, seja por não ser razoável, seja porque a sua conclusão destoaria da sua fundamentação -, o controle judicial não há de ser tão deferente como na hipótese anterior. Naquele mesmo julgamento (REsp 1162281/RJ), a Terceira Turma do STJ deixou consignado já na ementa que “os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma discricionariedade técnica e vinculada, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes”, deixando antever que tratar-se-ia de ato vinculado e, portanto, passível de controle judicial, desde que manifestamente ilegal, sob a nossa ótica.

Georges Abboud defende a tese, com arrimo em Juan Cassane, que em qualquer circunstância poder-se-ia cogitar do controle judicial da discricionariedade técnica<sup>100</sup>, todavia, ao concluir o seu raciocínio, o autor sugere que para que haja a interferência judicial a decisão administrativa impugnada deve conter vício na sua fundamentação ou relativo à razoabilidade (“solução mais adequada”, nas palavras do autor):

Portanto, a alegação de que o ato administrativo é discricionário não impede a plena revisão do Judiciário, mesmo que os fundamentos do ato administrativo sejam questões técnicas de alta complexidade. Em todas essas hipóteses, a Administração tem o dever constitucional de fundamentar seu ato, com o intuito de demonstrar o porquê ele consubstancia a solução mais adequada a ser implementada, sob pena de descaracterizar o acesso à tutela jurisdicional efetiva e adequada assegurada pelo inc. XXXV do art. 5.º da CF.

Situação totalmente diversa ocorre quando não há ilegalidade manifesta e para se verificar eventual desacerto na opção do Administrador Público o órgão jurisdicional dependeria de auxílio técnico. Nessa hipótese, para se concluir acerca do acerto ou não da opção feita pelo Administrador Público, o órgão jurisdicional precisaria, necessariamente, recorrer aos auxiliares do juízo, como os peritos, por exemplo, a fim de formar a sua opinião. Em caso tais, nos parece que haveria uma interferência indevida de um Poder no outro, pois as decisões de ordem técnica no âmbito administrativo fizeram-se necessária ao longo do tempo, vez que é a autoridade administrativa competente a entidade mais bem capacitada para fazê-lo.

---

<sup>100</sup> ABBoud, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 152/154.

Isto é, as opiniões dos peritos do juízo, por mais especializadas que fossem, quando acatadas pelos órgãos jurisdicionais, acabariam por substituir a opção também técnica, legal e razoável feita pela Administração Pública, em clara violação ao princípio de separação de Poderes.

Todavia, este não é o entendimento de Georges Abboud, pois, para ele, o juiz poderia, em qualquer circunstância, valer-se de peritos para combater a decisão administrativa de caráter técnico:

Outrossim, o controle judicial das questões técnicas não implica invadir zonas reservadas a outros poderes do Estado. Simplesmente, o juiz pode controlar por meio de peritos o exercício correto e razoável dos juízos técnicos da Administração por mais ‘alta complexidade’ que contenham de modo que não encontra justificação alguma em nosso sistema constitucional a jurisprudência que limita o controle judicial aos casos em que verifique arbitrariedade. A ‘alta complexidade’ não é argumento que justifique validamente que os juízes elidam o controle da atividade administrativa que lhes assina e impõe a Constituição.<sup>101</sup>

A nosso sentir, não é o só fato de o direito brasileiro consagrar o princípio da inafastabilidade da jurisdição que possibilitaria a intervenção do Judiciário nas questões administrativas de ordem técnica em situações diversas da correção da ilegalidade manifesta.

Comunga de entendimento parecido Maria Sylvia Di Pietro, que entende que é possível haver a interferência judicial na opção administrativa firmada com fundamento na discricionariedade técnica:

[...] se o conceito indeterminado contido na lei puder tornar-se determinado pela manifestação de órgão técnico, com base em conhecimentos científicos, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita, sendo dado ao Poder Judiciário rever a decisão da Administração Pública. Conceitos como perigo público iminente, valor histórico de um bem, incapacidade para o trabalho, são conceitos técnicos que, sem dúvida, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Quando se trata da discricionariedade técnica exercida em atos normativos das agências reguladoras e outros órgãos similares, não temos dúvida também em afirmar a possibilidade de controle judicial,

---

<sup>101</sup> ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

inclusive para invalidação das normas.<sup>102</sup>

Com efeito, como dissemos, dissentimos do entendimento defendido por Georges Abboud e Di Pietro ao argumento de que, na hipótese, estar-se-ia havendo interferência indevida de um Poder no outro. Pensamos, assim, que a única possibilidade de intervenção judicial nas decisões de ordem técnica tomadas no âmbito administrativo seria naqueles casos em que há flagrante ilegalidade, seja porque a fundamentação e a conclusão não sejam coerentes entre si, seja porque ela foi editada em escancarada irrazoabilidade.

Os tribunais de vértice parecem se inclinar no sentido de que as decisões administrativas de ordem técnica devem ser intocadas.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 632.853, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, com repercussão geral reconhecida (Tema 485), firmou a tese no sentido de “os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário”. No caso, o acórdão recorrido havia interferido diretamente no gabarito da prova de concurso para alterar o entendimento da banca examinadora. Ao firmar a referida tese, o STF pacificou o entendimento no sentido de que não é possível tal substituição por se tratar de opção de ordem técnica, mas não estaria afastado o controle para fins e correção da legalidade.

De igual forma, mas em sede de julgamento de caso envolvendo a discricionariedade técnica das agências reguladoras, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, quando do julgamento do AgRg na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 163/PE, entendeu que o percentual de reajuste concedido pela Agência Nacional de Saúde (ANS) a determinados operadores de plano de saúde encontrava-se inserido no conceito de discricionariedade técnica, impassível de sofrer interferência judicial, salvo para corrigir ilegalidades manifestas. Nesse sentido são as palavras do Min. Edson Vidigal, então Presidente do Superior Tribunal de Justiça e Relator do recurso:

---

<sup>102</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

Em que pese aos judiciosos argumentos expendidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotado para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar.

Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia.<sup>103</sup>

O que se observa desses precedentes é que há deferência judicial à opção tecnicamente feita pelo Administrador Público, sendo possível o controle judicial apenas no que se refere aos aspectos de legalidade.

#### **1.2.4 A experiência norte-americana a partir da Doutrina Chevron**

Em sua tese de doutorado defendida perante as Universidades de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), em regime de cotutela, Eduardo Jordão procedeu à análise pormenorizada e comparativa da intensidade do controle jurisdicional exercido sobre a Administração Pública nas jurisdições do Canadá, dos Estados Unidos, da França e da Itália.<sup>104</sup>

Do seu excelente trabalho, destacamos a pesquisa feita em relação à experiência norte americana, mais especificamente em relação à chamada *Chevron Doctrine*, que corresponde ao entendimento doutrinário e jurisprudencial relativo ao controle da Administração Pública a partir do precedente do caso *Chevron* que serviu de orientação durante um longo período.

Segundo Jordão, a partir do julgamento do caso *Chevron* e enquanto não tinha havido a sua superação por completo, em razão da sua relevância jurisprudencial e científica, os Estados Unidos passaram a ser identificados como adeptos da

---

<sup>103</sup> STJ, AgRg na SLS 163/PE, Corte Especial, julgado em 19.12.2005, publicado em 27.03.2006, Rel. Min. Presidente Edson Vidigal.

<sup>104</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 33.

autorrestrrição judicial em relação à Administração Pública.<sup>105</sup> Isto é, o controle judicial dos atos administrativos deveria ser feito de forma restritiva, excepcional.

Em síntese, revela Jordão que o caso referia-se à interpretação feita pela agência de proteção americana (*Environmental Protection Agency/EPA*) em relação à expressão ‘fontes fixas’ (*stationary source*), que constava de uma das emendas do *Clean Air Act* de 1997. Segundo ele, tais emendas impunham obrigações para os Estados que não houvessem atingido os níveis de qualidade do ar estabelecido pela referida agência. E continua:

Nestes casos, eles deveriam estabelecer um programa de licenciamento que regulasse todas as ‘fontes fixas’ de poluição do ar novas ou modificadas. As condições para concessão das licenças nestes casos eram bastante restritas. Em 1981 a EPA emitiu regulação para implementar a concessão das licenças, permitindo que os Estados adotassem uma definição da expressão ‘fontes fixas’ que levasse em consideração a integralidade de uma planta industrial. Assim, uma indústria que contivesse diversos aparelhos poluentes poderia instalar ou modificar uma peça de equipamento sem violar as condições para a concessão da licença, desde que estas medidas não produzissem um aumento no total de emissões da planta industrial. Este raciocínio permitia que todos os aparelhos poluentes dentro de uma mesma planta industrial fossem considerados como uma única fonte poluidora, como se ela fosse uma bolha (eis aí o chamado *bubble concept of stationary*).<sup>106</sup>

Em segunda instância, a Corte de Apelação anulou a regulação da agência, por entender que ela era contrária ao propósito da legislação relevante, cujo objetivo era melhorar a qualidade do ar. Ao chegar da Suprema Corte, o entendimento foi contrário ao da Corte de Apelação. A Suprema Corte, partindo da premissa de que a legislação em exame veiculava finalidades complexas e contraditórias, “de modo que a melhoria das condições ambientais deveria ser realizada sem atravancar o progresso econômico, considerou o ‘conceito bolha’ da expressão ‘fontes fixas’, proposto pela EPA, como um razoável compromisso entre estas indicações legislativas conflitantes”.<sup>107</sup>

Dois pontos merecem destaque na decisão da Suprema Corte: (i) há a fixação do entendimento no sentido de que o poder concedido a uma agência para administrar

---

<sup>105</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 46.

<sup>106</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, págs. 201/202

<sup>107</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 202.

inclui o poder de colmatar as lacunas deixadas pelo legislador, sejam elas intencionais ou não; (ii) além disso, estabeleceu o chamado “teste bifásico” segundo o qual, inicialmente, os tribunais deveriam verificar se a legislação que serviu de fundamento para a conduta administrativa trazia uma resposta clara à questão apresentada em juízo, ao passo que, no segundo momento, caso não houvesse uma resposta clara na lei – existência de ambiguidade na legislação – o tribunal deveria apenas verificar se a decisão adotada seria razoável.<sup>108</sup>

A par desse precedente, Jordão sintetiza as suas consequências quanto à intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública:

Em resumo, parecia possível afirmar que a ambiguidade legislativa geraria a deferência judicial – a aplicação de um controle judicial limitado, que implicaria a anulação da decisão administrativa apenas nos casos extremos em que a solução adotada pela administração pública fosse *impermissível (irrazoável)*. A partir do caso *Chevron* a tarefa de resolver a ambiguidade legislativa e a conciliação de interesses conflitantes estaria atribuída à administração, em função de suas vantagens institucionais comparativas, como maior legitimidade democrática e maior expertise nas questões pertinentes. Neste sentido, a Suprema Corte afirma expressamente que os ‘juízes não são *experts* nesta área, [*de regulação ambiental*] e não fazem parte de nenhum poder político do governo [*Legislativo e Executivo*]’.

[...] Desautoriza-se, assim, a atitude frequente das cortes de anular interpretações administrativas de ambiguidades legislativas por uma suposta ‘violação ao propósito da lei’. A decisão da Suprema Corte reconhece que, porque a legislação normalmente representa uma acomodação entre duas ou mais finalidades públicas divergentes, discernir um propósito único é tarefa artificial e irreal. Nos casos em que não houver uma resposta legislativa explícita a uma questão, mais do que *interpretar*, a agência administrativa estará *criando* o Direito. Cabe a ela promover a conciliação de interesses conflitantes resultante da ambiguidade legislativa. E esta atividade, eminentemente política, deve ser atribuída à instituição pública com maiores credenciais democráticas<sup>109</sup>.

Em complementação ao estudo da *Chevron Doctrine*, calha trazer as lições de Maria Sylvia Di Pietro acerca da atuação judicial dos tribunais norte-americanos no âmbito das decisões administrativas adotadas pelas agências reguladoras, destaca:

Como decorrência da especialização, reconhecia-se às agências largo

---

<sup>108</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, págs. 202/203.

<sup>109</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, págs. 203/206.

grau de discricionariedade técnica, abrangendo uma esfera em que atos, mesmo os regulatórios, por envolverem conhecimentos técnicos, estavam fora do controle judicial. Isto significa que os aspectos técnicos das decisões eram de competência normativa da agência, escapando inclusive à revisão judicial, a não ser que se tratasse de ato manifestamente arbitrário, absurdo, caprichoso, contrário à intenção do legislador. A Lei do Procedimento Administrativo, de 1946, contém norma expressa incluindo entre as causas de revisão judicial de decisão administrativa, as hipóteses em que as decisões, considerações e conclusões administrativas se julguem “*arbitrárias, caprichosas, ditadas no exercício abusivo da discricionariedade...*” (Seção 706). Além disso, toda matéria de fato era de apreciação exclusiva da agência, ficando também fora do âmbito de apreciação judicial.<sup>110</sup>

Em resumo, o que importa de relevo para o nosso estudo, é que, a exemplo da jurisprudência brasileira, o controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados Unidos, no período de domínio da doutrina *Chevron*, sempre foi deferente à discricionariedade administrativa.

### **1.3 Ainda persiste a distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários para fins do controle judicial?**

Como se viu, tanto os atos administrativos editados a partir da competência discricionária quanto aqueles proferidos com fundamento na competência vinculada são passíveis de controle externo pelo Poder Judiciário. O fio condutor desse controle será sempre o princípio da legalidade, ou seja, a análise do juiz no caso concreto será relativa à subsunção da moldura legal à conduta levada a cabo pelo Administrador Público.

Em outras palavras, com o objetivo de investigar os fundamentos de validade do ato administrativo submetido à exame judicial, o órgão do Poder Judiciário limitar-se-á à moldura legal que lhe deu embasamento, esteja-se diante de competência discricionária ou competência vinculada.

Desse modo, pode-se afirmar que, no que se refere ao controle de legalidade do ato, não há falar-se em distinção entre ato administrativo vinculado e ato administrativo

---

<sup>110</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

discricionário para fins de limitação do controle judicial, pois ambos são passíveis de correção pela atividade jurisdicional.

Todavia, o mesmo não pode ser dito em relação ao controle feito pelo Poder Judiciário a partir do princípio da razoabilidade. É que, nos parece que quando se está diante de um ato administrativo vinculado, não há discussão sobre qual a opção mais razoável para o caso, pois haverá somente uma opção indicada na lei. Todavia, quando se está diante de um ato discricionário, por haver mais de uma solução ótima para o caso, o controle judicial pode ser feito tendo-se por base o princípio da razoabilidade.

Isto quer dizer que, analisando o caso concreto, o Judiciário poderá asseverar que a opção feita pelo Administrador Público dentre aquelas que foram disponibilizadas pela lei não fora a mais razoável a ser adotada. Porém, nos parece que ainda assim o órgão do Judiciário estará impedido em, substituindo-se ao Administrador Público, faz a opção entendida por ele como ótima, sob pena de haver violação ao princípio do Poderes, que devem ser harmônicos e independente entre si, nos termos do art. 2º da Constituição de 1988.

Dessa forma, pensamos que ainda que o magistrado possa se valer do princípio da razoabilidade para controlar o ato administrativo discricionário, tal controle deve limitar-se à invalidação do ato. Ou seja, o órgão jurisdicional nunca deverá atuar como administrador positivo.

#### **1.4 Conclusão parcial**

A Administração Pública, tanto na acepção formal (subjeto), quanto na material (objetiva) passou por intensa transformação desde a sua concepção no período revolucionário francês.

Inicialmente, com o Estado Liberal, a organização administrativa era mínima, as competências administrativas bastantes limitadas e o somente poderia atuar na esfera do particular quando expressamente permitido em lei. Vivencia-se o absentéismo estatal.

Após a Primeira Guerra Mundial, a fim de suprimir a crise econômica pela qual

passava os países envolvidos no conflito bélico, o Estado Liberal converte-se em Estado de Bem-Estar Social a fim corrigir as desigualdades sociais sofridas pelos indivíduos. Na oportunidade, a Administração Pública foi obrigada a expandir, subjetivamente e objetivamente.

O gigantismo da Administração Pública no objetivo de corrigir as distorções sociais tornou a máquina administrativa muito onerosa, o que rendeu ensejo ao pesado aumento na carga tributária, asseverando a crise em alguns Estados, a exemplo do Brasil, acarretando o declínio do Estado de Bem-Estar Social.

Após a Segunda Guerra Mundial, com o declínio avançado do Welfare State, começa a despontar o Estado Neoliberal, em que a Administração Pública reduz de tamanho e passa a atuar na regulação da economia.

A partir da instituição da função regulatória do Estado, criam-se as agências que conferem grau máximo de complexidade à Administração Pública, vez que, além das atividades típicas do Estado-administração, são absorvidas as atividades normativas e julgadoras.

No Brasil, somente a partir da segunda metade da década de 90, após quase dez anos da promulgação da Constituição de 1988, é o Estado que passa a assumir de fato o seu papel regulador, muito embora tal previsão já constasse do texto originário da Constituição.

A estrutura complexa da Administração e a sua evolução renderam ensejo à atuação diferenciada do Poder Judiciário no controle estatal ao longo dos anos.

No direito comparado, até a primeira metade do século XIX vigorava a teoria da irresponsabilidade do Estado, segundo a qual a Administração Pública não se submetia ao controle exercido pelo Poder Judiciário.

No Brasil, ainda que de forma tímida, a Constituição da República de 1891 passou a tratar do tema, limitando-se a prever responsabilidade do servidor público, mas silenciando-se acerca da responsabilidade do Estado enquanto pessoa jurídica, situação que começou a ser revista pela Lei 221/1894 e foi aperfeiçoada com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, que previu expressamente a responsabilidade do Estado.

Atualmente, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, conjugado com diversos outros dispositivos constitucionais, o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é uma realidade inafastável no direito brasileiro.

O controle judicial varia a sua intensidade conforme for o fundamento com base no qual se fundamenta a edição do respectivo ato administrativo, se fundado em competência discricionária, vinculada em elementos estritamente técnicos.

No princípio, como a lei previa de forma regrada o agir da Administração Pública, inexistindo margem de liberdade criativa para ela, não se falava em competência discricionária nem muito menos em controle dos atos editados com fundamentos nessa competência.

Mas com o avanço da complexidade da Administração Pública e o descompasso entre a sua evolução no mundo dos fatos e o desenvolvimento do Poder Legislativo, as leis passaram a conter conceitos indeterminados que conferiam certa margem de liberdade ao Administrador Público.

Surgia, assim, a discricionariedade administrativa, que consiste na possibilidade conferida pelo legislador ao administrador de colmatar a regra jurídica prevista em abstrato a fim de atingir a finalidade pública em um dado caso concreto, tratando-se, em verdade, de técnica de integração jurídica.

É nessa seara que surgem os critérios de conveniência e oportunidade de modo a tornarem infenso a controle externo o chamado “mérito administrativo”, que é o sentido político da ação do Estado-administração.

Atualmente, porém, discute-se acerca da insindicabilidade do mérito administrativo, prevalecendo o entendimento segundo o qual o ato administrativo editado com fundamento da competência discricionária poder ser submetido a controle judicial que poderá aferir, a sua correção à luz não só da legalidade, mas também do princípio da razoabilidade, mas tanto em um caso como no outro, não poderá haver a substituição da vontade do Administrador Público pela vontade do órgão jurisdicional incumbido de exercer o controle.

Quanto ao controle dos atos administrativos fundados em competência

vinculada, é inegável que ele poderá ser exercido de forma ampla pelo Judiciário, uma vez que os seus contornos estão previstos de regradada na lei, inexistindo margem para a colmatação a ser feita na esfera administrativa.

A seu turno, a chamada “discricionariedade técnica” foi inicialmente pensada na Áustria, em 1864, com o objetivo de retirar da esfera de controle externo certos atos emanados do Poder Executivo.

Trata-se de atribuição legal à Administração Pública a agir com fundamento em critérios técnicos das ciências em geral.

Em verdade, não se trata de “discricionariedade”, haja vista, que uma vez encontrada a única solução técnica possível, faltará margem ao Administrador para proceder à escolha entre mais de uma opção disponível.

O tema ganha relevo na seara relativa às agências reguladoras, pois além de adotar opções técnicas em concreto, também faz opções técnicas em abstrato, editando normas gerais.

Relativamente ao controle judicial da discricionariedade técnica, percebeu-se que há três possibilidades distintas: (i) quando há omissão ilegal por parte da autoridade administrativa responsável por proferir a decisão técnica, oportunidade em que o Judiciário interferirá apenas para assinar prazo razoável para que a omissão seja sanada, sem substituir-se ao Administrador na opção a ser feita; (ii) quando a decisão técnica é flagrantemente ilegal, situação em que o Judiciário poderá intervir para anulá-la, seja por critérios de ilegalidade ou irrazoabilidade, mas também sem substituir o Administrador; por fim, (iii) quando não há ilegalidade manifesta e para se verificar eventual desacerto na opção do Administrador Público o órgão jurisdicional dependeria de auxílio técnico, hipótese em que o ato seria insindicável, sob pena de haver violação ao princípio da separação dos Poderes.

Assim como no direito brasileiro, percebeu-se que a jurisprudência norte-americana formada com base na *Chevron Doctrine* possui postura deferente à opção técnica feita pelo Administrador, passando, o Judiciário, a atuar apenas para controlar a legalidade ou em caso de irrazoabilidade evidente.

Concluiu-se, ao final que, para fins de controle judicial, é possível pensar na

distinção entre atos administrativos fundados em competência discricionária e vinculada apenas no que se refere à aferição de sua legitimidade à luz do princípio da razoabilidade, vez que na primeira hipótese seria possível tal paradigma em face, quando poder-se-ia evidenciar a escolha mal feita do Administrador Público.



## 2. A RECONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A evolução subjetiva e objetiva da Administração Pública (ou desenvolvimento da complexidade administrativa) é contemporânea à reconfiguração do princípio da legalidade administrativa. Assim, uma vez examinados os contornos do controle judicial da Administração Pública a partir da sua complexidade contemporânea, cumpre investigar a atual feição do princípio da legalidade administrativa em razão da evolução pela qual ela passou. Tal estudo é de fundamental importância para o presente trabalho, na medida que se propõe a examinar o enquadramento ou não dos precedentes judiciais como fonte normativa primária para o direito administrativo.

Com efeito, o princípio da legalidade administrativa inicialmente concebido na segunda metade do século XVIII a partir dos ideais Iluministas e encampado pelos revolucionários franceses, segundo o qual as atividades da Administração Pública estariam atadas de forma atávica às leis no seu sentido estrito, sofreu (e vem sofrendo) intensa e constante reconfiguração de modo a se adaptar à nova realidade jurídica e às modificações subjetivas do Estado-administração.

Assim, o princípio da legalidade administrativa possuía um determinado conteúdo quando da vigência do Estado Liberal, outra durante o Estado de Bem-Estar Social e, finalmente, atualmente possui concepção totalmente diversa na vigência do Estado Neoliberal.

Esta realidade foi vivenciada não só direito comparado, como também no direito brasileiro, embora aqui aquelas fases de evolução do Estado não possam ser identificadas de forma tão segmentadas tal como ocorreu nos países europeus adeptos do sistema do *civil law*, a exemplo da França.

Sobre essa peculiaridade da evolução do Estado brasileiro cabe trazer à colação as ácidas palavras de Luís Roberto Barroso:

A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto –,

mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasado e com pressa.<sup>111</sup>

É sobre essa evolução do princípio da legalidade, com foco no direito brasileiro, que ora será voltado o presente estudo.

## 2.1 A evolução do direito administrativo brasileiro

O direito administrativo, entendido como o conjunto de regras e princípios que regulam as relações jurídicas da Administração Pública em geral com os demais poderes, com os particulares e entre a própria Administração Pública, evoluiu, tanto no direito comparado, quanto no direito brasileiro, ladeado com a ideia de Estado de Direito. Na medida em que evoluía a concepção de Estado de Direito, evoluía também o conteúdo do direito administrativo a fim alcançar a constante evolução da sociedade.

No Brasil não foi diferente e sua origem remonta ao começo do século XIX. Com efeito, Carlos Ari Sundfeld narra que Visconde do Uruguai (Paulino José Soares de Sousa), político brasileiro nascido na França em 4 de outubro de 1807, ao publicar o seu “Ensaio sobre o Direito Administrativo”, no ano de 1862, época em que o Direito Administrativo ainda estava germinando na própria França, tornou-se o grande administrativista do II Império.<sup>112</sup> Foi a partir de suas ideias que o direito administrativo, a concepção jurídica objetiva e subjetiva da administração pública e o princípio da legalidade passaram a ser concebidos e desenvolvidos.

Nesse sentido, segundo Sundfeld, as preocupações teóricas do Visconde do Uruguai dividiam-se em quatro pilares: (i) identificação do poder administrativo, ou seja, a distinção entre o Legislativo, o Judiciário e entre governo e Administração; (ii) definição do direito administrativo, distinguindo-o de outros ramos do direito, a exemplo do direito privado em geral e do direito constitucional; (iii) estruturação fundamental do Estado no regime constitucional; e (iv) criação de um sistema de controle dos atos administrativos nos moldes franceses (existência de um contencioso

---

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 306.

<sup>112</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 49.

administrativo)<sup>113</sup>.

As influências francesas no pensamento de Visconde do Uruguai eram evidentes e, em razão disso, o direito administrativo no Brasil distanciou-se da concepção administrativista que perpassava à época nos Estados Unidos e na Inglaterra, segundo a qual não seria necessária a criação de um ramo específico do Direito (o Direito Administrativo) para tratar das relações jurídicas em que o Estado fosse parte.<sup>114</sup>

Com efeito, desde então o direito administrativo desenvolveu-se como ramo autônomo e de acordo com as modificações pelas quais passou o Estado: de Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar e deste para o Neoliberalismo. Em cada uma dessas fases, o conceito de legalidade administrativa, que é a base do direito administrativo, possuía conteúdo, formal e material, diferentes, consoante examinaremos a seguir.

### **2.1.1 O princípio da legalidade administrativa no Estado brasileiro Liberal**

O surgimento do Estado Liberal, como é cediço, confunde-se com o nascedouro do próprio Estado de Direito, que, por sua vez, deita suas raízes na Revolução Francesa, século XVIII.

Com efeito, a base do pensamento francês revolucionário era composta pelos fundamentos do primado da lei, separação das autoridades administrativas e judiciais, separação das funções do Estado, liberalismo político e econômico, igualdade entre os cidadãos e igualdade dos indivíduos perante a Administração, bem como tinha por objetivo edificar uma Administração Pública racional, uniforme e coerente.<sup>115</sup>

Ademais, o absentéismo estatal era uma marca característica do novo sistema político-jurídico criado, fazendo surgir o chamado Estado Liberal, cuja característica

---

<sup>113</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 49.

<sup>114</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 50.

<sup>115</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 37.

principal era a liberdade como principal valor buscado pela sociedade<sup>116</sup>, que somente poderia ser exercida dentro da lei e por meio da lei, no dizer de Montesquieu<sup>117</sup>.

A partir daí surge o princípio da legalidade administrativa, criado com o claro objetivo de resguardar os cidadãos das ingerências indevidas do Estado na esfera particular, devendo este atuar somente nas hipóteses em que o povo soberano, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos, assim o autorizarem.<sup>118</sup>

Assim, é na França revolucionária que o princípio da legalidade, tal como atualmente é concebido, encontra as suas raízes, juntamente com a concepção de Estado de Direito.<sup>119</sup> Ele surge na perspectiva de controle, isto é, foi o instrumento encontrado à época para tutelar os interesses dos particulares em face do Estado. A opção feita foi no sentido de limitar as ações do Estado somente ao quanto determinado pelo parlamento por meio de leis.

O ideal reinante era que a segurança jurídica somente poderia advir do ato normativo emanado do Parlamento, ao contrário dos países do *common law*, em que a segurança jurídica era alicerçada no direito imemorial do povo e nos precedentes judiciais.

Na fase histórica ora objeto de estudo, o imperativo da lei – o seu poder normativo - não advinha do fato de ser justa ou injusta, mas sim em decorrência de ter emanado do órgão do Estado que adquiriu pela via da democracia a competência exclusiva para tal: o Poder Legislativo.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 7.

<sup>117</sup> ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 9.

<sup>118</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24.

<sup>119</sup> Sérgio Guerra, fazendo referência a Paulo Otero, adverte, porém, que: “[...] no equilíbrio político resultante da Revolução Gloriosa, em particular no *Bill of Rights*, datado de 1689, encontra-se uma primeira formulação dos alicerces do princípio da legalidade administrativa do moderno Estado de Direito. Fazendo do monarca e dos tribunais simples órgãos de aplicação da lei, o parlamento britânico consolida-se como instituição política suprema, traduzindo-se a lei na fonte primeira do ordenamento jurídico. O Direito de origem parlamentar deixa de conhecer quaisquer limites e torna-se fundamento de atuação de todo o poder”. In: GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 34, nota de rodapé n.º 3.

<sup>120</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 38.

Nesse mister, destaque-se que a lei possuía fundamento de validade em si própria, razão pela qual, naquela época, a Constituição não possuía a mesma relevância que possui na atualidade. Ela limitava-se a ditar regras programáticas e processuais que, além de não ser caracterizada como fundamento normativo de todo o sistema, tal qual o é atualmente, não possuíam força normativa de relevo.<sup>121</sup>

A postura da Administração Pública à época era de total abstenção em relação à vida privada dos indivíduos, absoluta submissão à “ditadura” da lei, limitando-se a ser mero gestor da manutenção da ordem, do direito de propriedade e do fiel cumprimento dos contratos<sup>122</sup>.

Em outras palavras, com arrimo nos ensinamentos de Sérgio Guerra, “o positivismo pretendeu, à luz de um legalismo acrítico, ser uma teoria do direito fundada em juízos de valor, e que resultou em uma ideologia movida por juízos de fato servindo de disfarce para autoritarismo de matizes variadas”<sup>123</sup>.

No cenário jurídico brasileiro não foi diferente. Enquanto vigorou isoladamente o Estado Liberal, no final do século XIX e princípio do século XX, vivia-se o primado da lei. Era a lei em sentido estrito que servia para balizar a convivência em sociedade e pautar as opções feitas pela Administração Pública.

À época, não se conferia a eficácia normativa à Constituição, tal qual na atualidade; o seu conteúdo era eminentemente programático.

### **2.1.2 O princípio da legalidade administrativa no Estado brasileiro de Bem-Estar Social**

Diferentemente do Estado Liberal, em que vigorava o absentéismo estatal, o traço característico do Estado de Bem-Estar Social é a promoção do desenvolvimento econômico, do bem-estar e da justiça social, sempre sob a tutela e o jugo das leis

---

<sup>121</sup> ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 15.

<sup>122</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 43.

<sup>123</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 115.

editadas pelo parlamento.<sup>124</sup> O objetivo da lei, agora, para além de consagrar e reafirmar a liberdade, é privilegiar a igualdade entre as pessoas, mas, nessa fase do *Welfare State*, cabendo ao Estado fazê-lo. Dadas tais feições do Estado, o princípio da legalidade administrativa passava a assumir novos contornos.

Com efeito, o Estado Liberal, iniciado com a Revolução Francesa no século XVIII, teve o seu apogeu no século XIX e viu o seu declínio na primeira metade do século XX, no mundo pós-guerras<sup>125</sup>. A principal característica dessa fase, repise-se, era o absentismo estatal por meio do império das leis, isto é, a Administração Pública somente poderia agir quando devidamente autorizado pelo parlamento por meio de leis, embora os atos normativos não se limitassem a conter o poder do Estado, servindo também para regular a vida particular dos indivíduos em sociedade.

No mundo pós-Primeira Guerra Mundial o Estado foi forçado pela própria sociedade a assumir papel ativo, “seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre o poder econômico e miséria (defendendo trabalhadores em face de patrões, consumidores em face de empresários)”, como bem sintetiza Carlos Ari Sundfeld.<sup>126</sup> A proteção dos indivíduos em face do poder econômico, ensejar o desenvolvimento e promover a justiça social por meio de prestações positivas são a tônica dessa nova fase vivenciada pelo Estado (Estado Social ou *Welfare State*).

Após a Revolução Industrial, passaram a ocorrer diversas descobertas científicas e a formação de inúmeros aglomerados urbanos que representaram mudanças severas na vida social e política dos países. Somado a isso, as relações sociais sofreram também profundas alterações, o que exigiu do Estado o alcance e o exercício de um maior número de atribuições, passando a intervir na vida econômica e social para solucionar conflitos entre grupos e individuais.<sup>127</sup>

Durante o Estado Liberal, as Constituições possuíam relevância apenas do

---

<sup>124</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 30.

<sup>125</sup> LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 27.

<sup>126</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015, págs. 54/55.

<sup>127</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 49.

ponto de vista político e filosófico, eram despiciendas, portanto, de força normativa. A normatividade adivinha única e exclusiva da lei, “*que se caracterizava por ser norma garantidora da liberdade ao cidadão frente às intervenções do Estado e de terceiros. Se o Estado estava submetido à lei, estava submetido ao Direito*”.<sup>128</sup>

Ao reverso, no mundo do pós-Segunda Guerra, as novas Constituições promulgadas não se limitaram mais a tratar da Separação dos Poderes, mas sobretudo passaram a prever extenso catálogo de fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, o que alteraram substancialmente as feições do Poder Público.<sup>129</sup>

O Estado passou a atuar na ordem econômica e, como consequência disso, as leis editadas pelo Poder Legislativo, ao indicar soluções unívocas e determinantes, não mais atendiam aos anseios da sociedade<sup>130</sup>, que exigia uma Administração Pública mais criativa e, sobretudo, proativa.

A partir dessas transformações, da evolução da sociedade e da consequente adaptação da Administração Pública à nova realidade, o princípio da legalidade administrativa passou assumir novas feições, vez que “*surgiram espaços e aberturas normativas para o exercício de escolhas pela Administração Pública*”<sup>131</sup>, distanciando da sua clássica concepção idealizada pelos revolucionários e iluministas.

Com a mudança da feição estatal, as leis que o regem também se modificaram, saindo de uma postura negativa, relativa ao não-fazer estatal a fim de garantir as liberdades individuais, e passando a assumir também uma postura impositiva, criando obrigações ao Estado no sentido de assegurar a igualdade entre as pessoas. Altera-se, assim, em decorrência da evolução da sociedade e do Estado, a própria concepção de legalidade administrativa, bem como passam a assumir posição de relevo os direitos sociais.

No cenário brasileiro, foi no período ditatorial em que se iniciou mudança na

---

<sup>128</sup> ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 36.

<sup>129</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 85.

<sup>130</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 49.

<sup>131</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 50.

Administração Pública do ponto de vista subjetivo. Isto é, foi nesse período em que o Estado brasileiro passou a intervir diretamente na atividade econômica por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista criadas à época (a Petrobras, por exemplo, foi fundada em 1953).

Além disso, os direitos sociais passaram a ser implementados, exigindo atuação orquestrada do Poder Legislativo e do Poder Executivo, de modo a promover o acesso dos cidadãos às políticas públicas.<sup>132</sup>

O que importa de relevo para o presente estudo é que a legislação brasileira que impunha à Administração Pública condutas comissivas no sentido de implementar as políticas públicas vigorou durante o Estado de Bem-Estar Social, mas não se exauriu nele, vez que a atual Constituição, promulgada em momento em que o mundo já vivenciava o Neoliberalismo, prevê um extenso catálogo de direitos sociais que impõem um agir do Estado.

O princípio da legalidade administrativa, assim, além de ampliado para contemplar os comandos constitucionais, mudou de feição para contemplar as prestações positivas pelo Estado brasileiro

### **2.1.3 O princípio da legalidade administrativa no Estado brasileiro Neoliberal**

O positivismo jurídico exclusivamente ligado à figura da lei e dos códigos vigorou de forma pujante até a Segunda Guerra Mundial, após a qual, entre as décadas de 1950 e 1960, passou a ser questionado e a lei passou a perder o seu prestígio enquanto consagrada da justiça, haja vista que não serviu para conter as barbáries ocorridas durante os confrontos bélicos.<sup>133</sup> Em paralelo a isso, o constitucionalismo e, sobretudo, a teoria dos princípios como norma jurídica fundante passaram a assumir papel de prevalência na ordem jurídica mundial.

---

<sup>132</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais.** Revista de Informação Legislativa - RIL, Brasília, ano 53, n. 209, separata, janeiro/março, 2016

<sup>133</sup> ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 38.

Após a queda do muro de Berlim – e com ela o fim da Guerra Fria -, em 1989, iniciou-se uma nova era, capitaneada pelos Estados Unidos de Ronald Reagan e a Inglaterra de Margaret Thatcher, o chamado novo liberalismo (ou neoliberalismo), cujas principais características eram: Estado mínimo, desregulamentação do trabalho, privatizações, funcionamento do mercado sem interferência estatal e cortes nos benefícios sociais.<sup>134</sup>

Em proporções mundiais, as nações abriram os seus mercados, passando a ganhar corpo, assim, o fenômeno da globalização, com a presença de empresas multinacionais espalhadas pelo mundo e, em paralelo a isso, o capitalismo se firmou de vez em contraposição às tentativas de levante do comunismo.<sup>135</sup>

O Estado, assim, evoluiu e, com a sua evolução, transmutou-se do Estado Social para o Estado Neoliberal. Não era mais o Estado absentéista (Liberal), nem exclusivamente garantidor da justiça social (Bem-Estar Social), vigoraria a partir de então o Estado Neoliberal, fruto da ideologia neoconstitucionalista. O que importa destacar dessa realidade para o nosso estudo é que “a lei deixou de ser a única, suprema e racional fonte de direito que pretendeu ser em outra época, e, talvez este seja o sintoma mais visível da crise da teoria do direito positivista”<sup>136</sup>, isto é, a concepção do princípio da legalidade administrativa sob a égide do Estado Neoliberal assumiu feições totalmente diversas daquelas que foram forjadas no auge da Revolução Francesa.

Como visto, é nessa fase que o Estado passa a regular a economia, deixando paulatinamente de nela intervir diretamente, e, para tanto, passa a criar as agências reguladoras enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica própria, autônoma, independente e dotada de alta especialização técnica, com o intuito de regular o mercado liberal e globalizado.

Fazendo referência à Jacques Chevalier, Sérgio Guerra conceitua a atividade

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 305. No mesmo sentido: LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, págs. 30/31.

<sup>135</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O neoconstitucionalismo e o Direito Administrativo brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE. Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-CELSONANTONIO.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2016 às 14hs42min.

<sup>136</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 81.

regulatória do Estado:

Para Jacques Chevalier, a regulação se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia, pois consiste em supervisionar o jogo econômico, estabelecendo certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto. Ou seja, por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações.<sup>137</sup>

O principal trunfo dessas agências reguladoras, inspiradas no *New Deal* norte-americano, é a independência política de seus dirigentes, vez que a sua nomeação depende de indicação do Executivo submetida à aprovação do Legislativo, além de passarem a ser detentores de mandato fixo com estabilidade durante o seu exercício.<sup>138</sup>

Todavia, o principal impacto no princípio da legalidade administrativa trazido pelas agências reguladoras foi o seu poder normativo. Isto é, a sua capacidade de editar normas gerais e abstratas de caráter técnico com o intuito de regular o mercado relevante regulado.

Acerca do poder normativo das agências reguladoras, ensina Maria Sylvia Di Pietro:

As agências que exercem função normativa recebem esse poder mediante a delegação da lei instituidora. Essa função é considerada *quase legislativa* porque suas normas têm força de lei, sendo obrigatórias para os cidadãos, porém, na escala hierárquica, colocam-se abaixo da lei, podendo ser invalidadas pelo Poder Judiciário se contrárias à lei ou à Constituição.<sup>139</sup> – os destaques são originais

Todavia, a própria Maria Sylvia di Pietro apresenta-se de forma contrária ao poder normativo das agências reguladoras nos seguintes termos:

Com relação aos atos normativos propriamente ditos, com efeitos gerais, apesar do esforço da doutrina em tentar justificar a competência das agências reguladoras para baixa-los, é difícil encontrar fundamento seguro no direito brasileiro, pelo fato de ter a

---

<sup>137</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 77.

<sup>138</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 43.

<sup>139</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

Constituição delimitado, de forma exaustiva, toda a competência normativa.

[...]

O que as agências não podem fazer, porque falta o indispensável fundamento constitucional, é baixar regras de conduta, unilateralmente, inovando na ordem jurídica, afetando direitos individuais, substituindo-se ao legislador. Esse óbice constitui-se no mínimo indispensável para preservar o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica. Principalmente, não podem as agências baixar normas que afetem os direitos individuais, impondo deveres, obrigações, penalidades ou mesmo outorgando benefícios, sem previsão em lei. Trata-se de matéria de reserva de lei, consoante decorre do artigo 5º, inciso II, da Constituição.<sup>140</sup>

Ocorre que, em pese tal posicionamento doutrinário, a realidade brasileira é no sentido de que as agências reguladoras atualmente existentes possuem claros poderes normativos delegados pelas leis instituidoras<sup>141</sup>.

Não se diga que tais delegações normativas apresentam-se como violadoras do princípio da separação de Poderes. É que, o fato de atividades típicas estatais (legislar, administrar e julgar) encontrarem-se segmentadas entre os Poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), elas não são exercidas de forma exclusiva por cada um deles.

Assim é que, em que pese a função precípua do Legislativo seja elaborar atos normativos dotados de generalidade e abstração, cabe ao Senado Federal proceder ao julgamento do Presidente em caso de crime de responsabilidade. De igual forma, embora a função precípua do Poder Judiciário seja resolver os conflitos deduzidos em juízo, os tribunais podem elaborar seus regimentos internos com ares de generalidade e abstração, dentre diversos outros exemplos de atividades desenvolvidas por um Poder enquanto que, pela sua essência, estaria correlacionado com o exercido por um outro.

---

<sup>140</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>, acesso em 20/12/2016 às 16hs53min.

<sup>141</sup> Servem de exemplos de delegação normativa legal: o art. 4º, VII (“estabelecer normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de plano de saúde, de mecanismos de regulação no uso dos serviços de saúde”) da Lei n. 9.961/00, que cria a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar; o art. 7º, III (“estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações da vigilância sanitária”), da Lei n. 9.782/99, que cria a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; dentre outros.

Desse modo, quando a Administração Pública, por meio de suas agências reguladoras, edita normas técnicas dotadas de generalidade abstração, em nada tal circunstância contraria o princípio da separação de Poderes.

De igual forma, a competência das autarquias especiais para editar atos normativos não pode ser tida como violadora do princípio da legalidade. Isto porque, trata-se de delegação conferida pela própria lei que as cria, ou seja, o próprio Poder incumbido de editar normas gerais delega essa função de forma legítima para os entes dotados de capacidade técnica que não possui o Parlamento.

Em resumo, conjugam-se o movimento do constitucionalismo com nova postura da Administração Pública (julgadora e normatizadora) de modo a alterar a concepção de legalidade administrativa.

Com efeito, a legalidade administrativa inicialmente pensada para balizar as opções da Administração Pública ao quanto previsto na lei em sentido estrito, passa a ser remodelada para contemplar como fontes de direito a Constituição e todo o seu catálogo de direitos fundamentais e sociais, bem como os princípios que regulam a dinâmica administrativa, que, no caso brasileiro, encontram-se plasmados no art. 37 da Constituição da República, dentre outros espalhados ao longo do texto constitucional.

Assim, essa é a nova concepção do princípio da legalidade no Estado Neoliberal: contempla, além da lei em sentido estrito, a Constituição, os princípios, os direitos fundamentais, os direitos sociais etc.

## **2.2 O princípio da legalidade administrativa no neoconstitucionalismo: ampliação das fontes normativas**

O neoconstitucionalismo, incorporando a mudança de paradigma instaurada já no Estado do Bem-Estar Social, teve relevante papel no atual conteúdo da legalidade administrativa. Com efeito, o neoconstitucionalismo, fruto das Constituições promulgadas no direito comparado no pós-guerra, é caracterizado pela consagração, nos textos constitucionais, de catálogo de direitos fundamentais, pela presença de valores,

princípios e regras, fundamentando-se, em essência, pela “interpretação moral do texto fundamental”<sup>142</sup>. A lei, assim, deixa de ser a única fonte do direito, tal como pretendiam os revolucionários franceses, passando a ser apenas uma das fontes normativas, ao lado dos princípios e dos direitos fundamentais, mas tal apogeu foi fruto de intensa evolução doutrinária.

De início, deve ser observado, como bem destacado por Carlos Ari Sundfeld, que há no Brasil doutrinadores administrativistas consagrados, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ainda hoje, na fase evolutiva atual da sociedade e do Direito, encontram-se convencidos de que “a vinculação ao Parlamento é o eixo central da engrenagem que assegura a submissão da Administração ao Direito”, isto é, pregam o pensamento restritivo quanto à atividade criativa do administrador, admitindo-os como “braços mais ou menos mecânicos do legislador”<sup>143</sup>.

Para este pensamento doutrinário, ainda preso aos ideais revolucionários franceses<sup>144</sup>, situações jurídicas rotineiramente vivenciadas na contemporaneidade, a exemplo do poder normativo delegado às agências reguladoras, seria “*um procedimento abusivo, inconstitucional e escandaloso*”<sup>145</sup>, pelo que deveria vigorar apenas a estrita vinculação aos ditames do Parlamento e tudo o mais que deles transbordar deveria ser considerado inconstitucional (por violar a Separação de Poderes) ou arbitrário (por transpor as regras de competência previamente fixadas na lei).

As visões mais modernas do Direito Administrativo e também do princípio da legalidade administrativa são, porém, diversas. Tal posicionamento modernista não olvida que as Constituições, inclusive a brasileira de 1988, erigem a lei à condição de

---

<sup>142</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, págs. 80/81.

<sup>143</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, p. 232.

<sup>144</sup> Esta passagem bem retrata tal pensamento: “*A razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o Poder Público. E a fórmula, por excelência, asseguradora deste desiderato descansa na tripartição do exercício do Poder, graças a quê os cidadãos se garantem ante os riscos de demasias do Executivo, negando-lhe qualquer força jurídica para estabelecer as regras que impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas. Com efeito, foi exatamente para deter o poder do monarca, cujo sucessor é o Poder Executivo, que se concebeu este mecanismo, difundido no mundo civilizado*”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 314.

<sup>145</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 326. O autor cita como exemplo o poder conferido por lei ao CMN – Conselho Monetário Nacional de expedir resoluções.

reitora da Administração Pública, bem como adota por premissa que “*as competências administrativas, inclusive as normativas, têm de encontrar nas leis suas bases e limites*”<sup>146</sup>.

Todavia, essa moderna concepção doutrinária repele a ideia de que a Administração Pública não poderia desenvolver atividade criativa dentro dos limites impostos na lei<sup>147</sup> e o fundamento para tal, dentre outros, é que:

As ideias iniciais sobre Separação de Poderes não incluíam propriamente uma Administração Pública, com as dimensões e características que adquiriu posteriormente. O Executivo original seria de fato acanhado. Afora a função do alto governo, ele se reduziria à implementação concreta de deliberações já tomadas no plano legal. Mas foi a própria evolução política e jurídica que, a partir dessa costela, construiu um novo ser: a Administração contemporânea; criada e condicionada por leis, sim, mas com atuação jurídica de amplo espectro.<sup>148</sup>

Sundfeld refere, ainda, que, já em 1914, o administrativista Alcides Cruz, em seu livro “Direito Administrativo Brasileiro” já listava como fontes do Direito Administrativo, além da lei formal, as normas constitucionais, os regulamentos e outras normas administrativas, os princípios, a jurisprudência nacional, o costume, a praxe dos negócios públicos, dentre outras.<sup>149</sup>

A ampliação da base normativa das fontes do Direito Administrativo e, porque não dizer, da releitura do próprio princípio da legalidade administrativa é atribuída à evolução da sociedade, do Estado de Direito, da ampliação do catálogo de direitos fundamentais, do neoconstitucionalismo e da complexidade que se tornou a Administração Pública tanto do ponto de vista subjetivo quanto objetivo.

Além disso, parte da doutrina aponta a existência de verdadeira crise na legalidade tal como inicialmente concebida. Com efeito, segundo Sérgio Guerra, essa “crise da legalidade” pode ser verificada em decorrência de diversos fatores, a saber: (i) a lei não é mais a única fonte de direito; (ii) a lei não, necessariamente, representa a

---

<sup>146</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, p. 233.

<sup>147</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, p. 234.

<sup>148</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, p. 234.

<sup>149</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, págs. 237/238, nota de rodapé nº 9.

vontade do Estado; (iii) a lei é manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social; (iv) a lei não é mais uma ato impessoal, geral e abstrato, mas sim ato personalizado que persegue interesses particulares legitimamente defendidos no parlamento; (v) atualmente, há uma inconcebível inflação legislativa, o que acarreta a sua desvalorização; (vi) a lei não é mais capaz de estabelecer de maneira exaustiva todos os atos que o administrador deverá praticar para atender o interesse público; (vii) em muitos casos, em decorrência de acordos entre parlamentares, a lei é intencionalmente elaborada de forma ambígua ou mal redigida, o que provoca imprecisões e dificuldades para a aplicação no caso concreto.<sup>150</sup>

De fato, não é mais possível, atualmente, pensar o Direito Administrativo e o princípio da legalidade administrativo atado de forma umbilical dos ideais revolucionários franceses, pois à época da sua concepção a finalidade da lei era conter os poderes - *rectius*, o arbítrio - do Poder Executivo. Hoje, o Poder Executivo, enquanto exercente da função administrativa típica de Estado, necessariamente precisa desempenhar papel, perante a sociedade, muito mais realizador (no que refere às políticas públicas, por exemplo) e regulador do que absenteísta, que era a concepção inicial do princípio.

Sobre o tema, Juarez Freitas reitera que, na atualidade, não é mais possível ao administrador estar preso exclusivamente ao princípio da legalidade. Segundo ele:

O engano maior está em supor que a vinculação se dê inteira e exclusivamente em relação ao princípio da legalidade, quando é claro que deve ser mais abrangente, vale dizer, o ato administrativo deve estar ligado à totalidade dos princípios, sendo este um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e o aplicador do Direito Administrativo.<sup>151</sup>

E complementa:

Destarte, vislumbradas desde um horizonte ampliado, as relações de Direito Público são aquelas primordialmente regidas pela totalidade dos princípios, das normas e dos valores juspublicistas em seu conjunto. De um modo peculiar, a relação jurídico-administrativa será aquela que, em face da presença da Administração Pública em um dos polos, ou em ambos, possui a regência orientada por especiais

---

<sup>150</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, págs. 118/122

<sup>151</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 134.

princípios, normas e valores, que devem nortear a atuação dos agentes públicos e dos administrados.<sup>152</sup>

O que autor quer afirmar com isso é que o princípio da legalidade deve sempre pautar a conduta administrativa, mas não de modo “excludente ou inflacionado a ponto de depreciar ou desvincular a autoridade dos demais princípios jurídicos”<sup>153</sup>. Acrescenta, ainda, que a decisão do administrador deve moldar-se a todo o sistema jurídico, nele incluído todas as mais diversas fontes normativas, não devendo limitar-se à adequação à lei como “mero extrato da legalidade”<sup>154</sup>.

Nesse mesmo diapasão disserta Maria Sylvia Zanella Di Pietro no sentido de que, entendido no seu sentido amplo, o princípio da legalidade administrativa “adquire conteúdo axiológico que exige conformidade da Administração Pública com o Direito, que inclui, não raro, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático”<sup>155</sup>.

Deve ser dito ainda, acerca do conceito de legalidade, que algumas nações ampliam expressamente a sua concepção no que se refere à Administração Pública, contemplando não somente a lei, no seu sentido estrito, como também o “Direito”, considerado no seu sentido mais amplo. Para a hipótese, valem de exemplos a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, e a Constituição Espanhola de 1978, ao expressamente referirem que os órgãos e entidades do Estado devem se submeter não somente à lei, mas também ao ordenamento jurídico genericamente considerado.<sup>156</sup>

Nesse sentido, ao comparar os contornos dados ao conteúdo do princípio da legalidade pela Lei Fundamental da República da Alemanha de 8 de maio de 1949 com a Constituição da República do Brasil de 1988, assim discorre Maria Sylvia Di Pietro:

A Constituição [brasileira de 1988] não repete a norma da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha no sentido de que os

---

<sup>152</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 13.

<sup>153</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 133.

<sup>154</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 135.

<sup>155</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 1992, p. 97.

<sup>156</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Editora Atlas, 1997, págs. 19/20 e 25/26.

Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao Direito. Mas não há dúvidas que adotou, de um lado, a ideia de proeminência dos direitos fundamentais (não só pela sua ampliação, mas também pela própria inserção, logo no Título I, dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, dentre eles o da dignidade da pessoa humana) [...].<sup>157</sup>

A par disso, parcela diversa da doutrina moderna defende a substituição da vinculação da Administração Pública ao Parlamento pela vinculação direta à Constituição. Isto é, para esse posicionamento doutrinário, independentemente da existência de lei no sentido formal, basta a previsão constitucional para pautar o agir da Administração Pública. Para exemplificar esse posicionamento doutrinário, vale transcrever as lições de Gustavo Binbenjy, para quem:

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para *mediar* a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição com fundamento primeiro do agir administrativo<sup>158</sup>.

O primeiro fundamento para embasar tal posicionamento teórico é a própria força normativa da Constituição, que independe de ato normativo infraconstitucional para possuir eficácia, inclusive em relação à Administração Pública. A partir daí Canotilho, citado por Binbenjy, afirma que “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”<sup>159</sup>.

Um segundo fundamento seria o fato de as Constituições, inclusive a brasileira de 1988, contemplarem extenso rol de direitos fundamentais e de princípios, implícitos

---

<sup>157</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

<sup>158</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 36/37.

<sup>159</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 37.

e explícitos, os quais independem da interpretação legislativa dada pelo Parlamento para serem concretizados.<sup>160</sup>

De forma lapidar, Binенbojm sintetiza este pensamento aplicado na prática:

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, independente 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)<sup>161</sup>.

Como se observa, sob essa concepção doutrinária sequer seria necessária a lei formal para comandar o agir da Administração Pública, bastando, para tanto, que a Constituição já se desincumbisse de tal ônus. Trata-se de posição que merece atenção especial por aquebrantar por completo o paradigma até então reinante no sentido de que a atuação administrativa dependeria necessariamente de lei formal.

Marçal Justen Filho, por outro lado, discorda dessa vinculação direta da conduta administrativa à Constituição independentemente da lei:

Não se pode substituir o princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, porque a atividade administrativa depende, como regra, da existência de uma lei propriamente dita. Ou seja, o princípio da legalidade significa, em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade da atividade administrativa. A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa. São indispensáveis as leis (infraconstitucionais) que funcionam como garantia específica e precisa da existência de normas mais concretas e determinadas.<sup>162</sup>

Em apoio à argumentação de Marçal Justen Filho, Sérgio Guerra destaca que, mesmo diante da crise da legalidade, por diversos fatores, a lei ainda deve ser considerada, sobretudo em países filiados à tradição jurídica do *civil law*, a exemplo do Brasil, haja vista que o ato normativo emanado do Poder Legislativo permanece sendo um padrão de conduta a ser observado pela sociedade, bem como pela própria

---

<sup>160</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 37.

<sup>161</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 38.

<sup>162</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 190.

Acrescemos que os princípios são dotados de ampla subjetividade na sua aplicação no caso concreto, o que acarretaria enorme insegurança jurídica sobretudo ao administrado, vez que não poderia previamente antever qual seria a solução dada para situações concretas.

O fato é que o princípio da legalidade administrativa, seja a partir de um ou de outro posicionamento, na sua concepção atual não pode ficar atado de forma irracional à sua origem revolucionária. Com a evolução da sociedade e a complexidade assumida pela Administração, a legalidade precisa também se adequar à realidade atual. Nesse sentido, destaca Sérgio Guerra:

[...] o problema básico de qualquer Constituição política contemporânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela fórmula clássica em que se tinha um problema de delimitação do poder estatal em face do cidadão individualmente considerado. Hoje se demanda um disciplinamento da atividade política e econômica, permitindo a satisfação do interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesse de natureza individual e pública com base em um princípio de proporcionalidade<sup>164</sup>.

Nesse sentido, com o objetivo de conter o exercício arbitrário do poder estatal, a Constituição de 1988 teve o grande mérito de submeter a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes dos entes federativos aos princípios constitucionais, dos quais servem de exemplo aqueles que constam do *caput* do art. 37, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dentre outros espalhados ao longo do texto constitucional.

O que se percebe desse rol elencado pelo Constituinte Originário é que a sua intenção era de submeter a Administração Pública à batuta dos princípios fundamentais. Assim é que a legalidade, que vincula a Administração Pública aos atos do Poder Legislativo, é apenas mais um dos princípios a ser observado pelo Estado-administração, ao lado dos demais.

Desse modo, é inegável que, sob a égide da Constituição da República de 1988,

---

<sup>163</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 122.

<sup>164</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 75.

encontram-se inseridos no conceito de legalidade administrativa os princípios que regem a Administração Pública, em específico, e os princípios fundamentais em geral. Por essa razão, nas suas opções, o Administrador Público não deve se limitar a observar o que consta das leis em sentido estrito, devendo também obediência aos princípios constitucionais.

Assim, Administração Pública não mais possui a lei formal como sua única fonte normativa, mas sim, e sobretudo, pode pautar suas condutas na Constituição, nos princípios e até mesmo em posicionamentos judiciais firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e plasmados nas súmulas vinculantes, conforme art. 102, §2, e art. 103-A, ambos da Constituição de 1988, respectivamente.

Além disso, a própria Lei 9.784/99 – Lei do Processo Administrativo Federal-, lei no seu sentido formal, no inciso I do parágrafo único do seu artigo 2º, determina que a Administração Pública deverá observar, nos processos administrativos, os critérios de “*atuação conforme a lei e o Direito*”.

De outra banda, Sundfeld destaca que as orientações jurisprudenciais também serviram para iniciar o alargamento da base de fontes do Direito Administrativo. Segundo ele, em decorrência de a Administração Pública estar submetida à jurisdição, tal circunstância “*fez dos juízes uma fonte produtora de normas administrativas, ao lado das leis*”<sup>165</sup>. Lembra, ainda, que Eduardo García de Enterría destaca que foi em decorrência da jurisprudência que houve a superação estrita submissão da Administração Pública à lei<sup>166</sup>.

Ainda sobre o tema, afirma Sundfeld:

Hoje, quando a Administração produz normas, sujeita-se a um amplo controle baseado em fontes jurídicas extralegais: normas sistematizadas pela doutrina, com origem jurisprudencial comum, normas diretamente da Constituição ou emanadas da jurisdição constitucional, normas não nacionais etc.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 242.

<sup>166</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, págs.. 242/243, nota de rodapé nº 13.

<sup>167</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 246.

E complementa:

Legislativo, Administração e Judiciário são, hoje, produtores intensivos de normas sobre questões administrativas. Nesse sentido, pode-se dizer que o Legislativo vem perdendo a centralidade que teve outrora, pois não monopoliza como antes a função normativa. Mas isso não é pela decadência do instrumento *lei* – cujo espaço inclusive se ampliou, pois mais setores passaram a ser regulados por lei -, mas, sim, pelo aumento do número de centro produtores de normas. Há, sim, uma perda da importância relativa da lei, mas ela não encolheu, inflou.<sup>168</sup>

O que se constata de tudo isso é que a concepção clássica do princípio da legalidade administrativa, assim como ocorreu com a própria concepção de Estado, com o avanço da sociedade e com ampliação dos poderes do Judiciário, sofreu mutação para abraçar outras fontes normativas – sobretudo os princípios jurídicos e a Constituição - que não somente a lei.

A lei administrativa (que regula a Administração Pública), assim, deve ser entendida, atualmente, como a regulação da Administração Pública de forma reduzida, deixando espaços para normatização em nível infralegal, a fim de permitir um melhor ajustamento às peculiaridades de cada caso concreto. Ou seja, “a lei, em sentido estrito, deve conter as decisões políticas fundamentais, traçando rumos e objetivos, mas sem engessar a atividade administrativa”<sup>169</sup>.

O princípio da legalidade administrativa, porém, atualmente possui conteúdo muito mais abrangente que um simples ato normativo emanado do Legislativo (lei em sentido estrito), pois engloba todo o catálogo de direitos fundamentais, as normas constitucionais, os princípios fundamentais, os valores morais da sociedade (princípio da moralidade), as normas constitucionais, os precedentes judiciais etc. Isto é, a Administração Pública não se encontra atrelada tão somente ao que dispõe a lei, mas também a toda a base normativa que dá sustentação ao Estado Democrático de Direito.

Em conclusão, o princípio da legalidade administrativa, assim, evoluiu juntamente com a evolução do Estado, da sociedade e do próprio direito. Ainda, permanece ligado à ideia de controle do arbítrio no poder, todavia encontra-se em uma

---

<sup>168</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 253.

<sup>169</sup> GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 128.

base muito mais alargada para contemplar outras fontes normativas que não somente a lei no seu sentido formal enquanto ato emanado do parlamento.

### **2.3 Conclusão parcial**

O direito administrativo evoluiu, tanto no direito comparado, quanto brasileiro de forma concomitante à ideia de Estado de Direito.

O Estado Liberal possuía as suas fincas no período revolucionário francês e suas principais características eram o absentéismo estatal, a total submissão do Estado à lei e a outorga de máxima liberdade aos particulares.

O princípio da legalidade surge nessa época. A lei em sentido estrito era a única fonte de onde poderia emanar direitos e obrigações, pois ela se apresentava como a forma de preservar a segurança jurídica.

A lei possuía fundamento de validade em si própria, razão pela qual, naquela época, a Constituição não possuía a mesma relevância que possui na atualidade. Ela limitava-se a ditar regras programáticas, sem eficácia normativa.

Verificou-se que no direito brasileiro não foi diferente. No período compreendido entre o final do século XIX e o começo do século XX, momento em que o liberalismo foi mais evidente, vigora o primado da lei e a Constituição possuía apenas eficácia programática.

Diferentemente do Estado Liberal, em que vigorava o absentéismo estatal, o traço característico do Estado de Bem-Estar Social é a promoção do desenvolvimento econômico, do bem-estar e da justiça social, sempre sob a tutela e o jugo das leis editadas pelo Parlamento.

As novas Constituições promulgadas passaram a prever extenso catálogo de fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, o que alteraram substancialmente as feições do Poder Público.

Com a mudança da feição estatal, as leis que o regem também se modificaram, saindo de uma postura negativa, relativa ao não-fazer estatal a fim de garantir as

liberdades individuais, e passando a assumir também uma postura impositiva, criando obrigações ao Estado no sentido de assegurar a igualdade entre as pessoas.

No cenário brasileiro, foi no período ditatorial em que se iniciou mudança na Administração Pública brasileira do ponto de vista subjetivo. Isto é, foi nesse período em que o Estado brasileiro passou a intervir diretamente na atividade econômica por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista criadas à época.

Além da intervenção direta da economia, o Estado-administração viu-se obrigado a implementar políticas públicas de modo a reduzir as desigualdades sociais, em movimento orquestrado com o Poder Legislativo.

O princípio da legalidade administrativa, assim, além de ampliado para contemplar os comandos constitucionais, mudou de feição para contemplar as prestações positivas pelo Estado brasileiro

Após a queda do muro de Berlim – e com ela o fim da Guerra Fria -, em 1989, iniciou-se uma nova era, capitaneada pelos Estados Unidos de Ronald Reagan e a Inglaterra de Margaret Thatcher, o chamado novo liberalismo (ou neoliberalismo).

As principais características do Estado Neoliberal eram: Estado mínimo, desregulamentação do trabalho, privatizações, funcionamento do mercado sem interferência estatal e cortes nos benefícios sociais.

É nessa fase que o Estado passa a regular a economia, deixando paulatinamente de nela intervir diretamente, e, para tanto, passa a criar as agências reguladoras enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica própria, autônoma, independente e dotada de alta especialização técnica, com o intuito de regular o mercado liberal e globalizado.

O principal impacto no princípio da legalidade administrativa trazido pelas agências reguladoras foi o seu poder normativo. Isto é, a sua capacidade de editar normas gerais e abstratas de caráter técnico com o intuito de regular o mercado relevante.

Quando a Administração Pública, por meio de suas agências reguladoras, edita normas técnicas dotadas de generalidade abstração, em nada tal circunstância contraria

o princípio da separação de Poderes.

A legalidade administrativa inicialmente pensada para balizar as opções da Administração Pública ao quanto previsto na lei em sentido estrito, passa a ser remodelada para contemplar como fontes de direito a Constituição e todo o seu catálogo de direitos fundamentais e sociais, bem como os princípios que regulam a dinâmica administrativa.

Ainda há doutrinadores que entendem que o Estado está atrelado de forma umbilical à lei.

A moderna concepção doutrinária repele a ideia de que a Administração Pública não poderia desenvolver atividade criativa dentro dos limites impostos na lei.

O princípio da legalidade deve sempre pautar a conduta administrativa, mas não de modo excludente ou inflacionado a ponto de depreciar ou desvincular a autoridade dos demais princípios jurídicos.

Parcela diversa da doutrina moderna defende a substituição da vinculação da Administração Pública ao Parlamento pela vinculação direta à Constituição. O primeiro fundamento para embasar tal posicionamento teórico é a própria força normativa da Constituição, que independe de ato normativo infraconstitucional para possuir eficácia, inclusive em relação à Administração Pública. Um segundo fundamento seria o fato de as Constituições, inclusive a brasileira de 1988, contemplarem extenso rol de direitos fundamentais e de princípios, implícitos e explícitos, os quais independem da interpretação legislativa dada pelo Parlamento para serem concretizados.

Administração Pública não mais possui a lei formal como sua única fonte normativa, mas sim, e sobretudo, pode pautar suas condutas na Constituição, nos princípios e até mesmo em posicionamentos judiciais firmados pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e plasmados nas súmulas vinculantes, conforme art. 102, §2, e art. 103-A, ambos da Constituição de 1988, respectivamente.



### **3. O PAPEL DOS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO**

Considerando a ampla possibilidade de acesso à tutela jurisdicional na atualidade, sobretudo no sistema jurídico brasileiro que consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição como direito fundamental (art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988), o Poder Judiciário passou a assumir importante relevo na condução da vida em sociedade.

Seja em decorrência da solução dos conflitos por meio de demandas individuais ou coletivas, seja em virtude da progressiva observância dos precedentes judiciais, o fato é que o Judiciário passou a atingir diretamente a vida das pessoas de maneira similar ao que ocorre em relação ao Poder Executivo, no exercício da atividade administrativa, e ao Poder Legislativo, ao editar normas gerais e abstratas.

É a partir desse fenômeno de atuação direta ou indireta do Judiciário na vida das pessoas que os precedentes judiciais passam a assumir posição de relevo no sistema jurídico brasileiro.

Tal circunstância fica ainda mais evidenciada quanto se identifica qual a real função dos tribunais que ocupam a posição de vértice no sistema jurisdicional, bem como em face das mais recentes alterações legislativas que impuseram a observância obrigatória de certos pronunciamentos judiciais, a exemplo da Emenda Constitucional n.º 45/04, que, dentre outras disposições relevantes, instituiu a súmula vinculante (art. 103-A) e a repercussão geral nos recursos extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, §3º), e do Código de Processo Civil de 2015 que parametrizou a aplicação dos precedentes no âmbito do Judiciário.

É justamente acerca dessa temática que nos debruçaremos no presente capítulo.

#### **3.1 Fundamentos de vinculação dos precedentes judiciais**

As decisões judiciais possuem eficácia normativa em relação às lides por elas resolvidas, razão pela qual costuma-se afirmar que uma decisão judicial tem eficácia de lei em relação às partes envolvidas no processo. A conclusão a que se chega a partir

dessa ilação é que uma decisão judicial, dada a sua eficácia normativa, deve ser coerente com todo o sistema jurídico que lhe é subjacente, sob pena de lhe faltar legitimidade.

Em outro dizer, o fato de a decisão, como regra, se prestar a solucionar o problema em concreto não lhe retira a obrigatoriedade de ser coerente em relação a todo o sistema jurídico, incluindo-se aí as decisões judiciais prolatadas em casos análogos cujos julgamentos ocorreram em momento anterior.

A falta de coerência no sistema, de modo a lhe retirar a sua integridade, é uma mácula que deve veementemente repelida nos pronunciamentos judiciais, sob pena de violar flagrantemente os princípios da segurança jurídica, vez que não haverá como prever antecipadamente que tipo de decisão será proferida no caso, e da isonomia, pois ter-se-á casos iguais recebendo prestações jurisdicionais distintas sem qualquer justificativa razoável.

Sobre o tema, calha trazer à colação as assertivas acerca da necessidade de respeito aos precedentes disserta Marinoni:

Um sistema judicial caracterizado pelo respeito aos precedentes está longe de ser um sistema dotado de uma mera característica técnica. Respeitar precedentes é uma maneira de preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito, assim como viabilizar um modo de viver em que o direito assume a sua devida dignidade, na medida em que, além de ser aplicado de modo igualitário, pode determinar condutas e gerar um modo de vida marcado pela responsabilidade pessoal.<sup>170</sup>

Dessa rápida transcrição, o que se percebe, embora com outras palavras, é que um sistema jurídico pautado nos precedentes judiciais busca, essencialmente, assegurar a segurança jurídica sob a ótica da previsibilidade, a integridade e a coerência do sistema (*“preservar valores indispensáveis ao Estado de Direito”*), bem como concretizar o princípio da igualdade (*“além de ser aplicado de modo igualitário”*).

Desse modo, é de se perceber que os principais fundamentos para que os precedentes judiciais possuam eficácia vinculante são: a necessidade de manter coerência e a integridade do sistema jurídico, o respeito ao princípio da segurança jurídica e a observância do princípio da isonomia.

---

<sup>170</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 102.

Examinaremos, agora, de forma mais detida cada um desses fundamentos.

Tanto no sistema do *civil law* como na tradição jurídica do *common law*, historicamente buscou-se homenagear a segurança jurídica por meio da previsibilidade, ou seja, a previsão antecipada dos acontecimentos futuros, evitando-se surpresas injustificadas. No *common law* tal circunstância foi evidenciada a partir da sistemática dos precedentes que garantiam a previsibilidade a partir da sua aplicação para os casos semelhantes futuros. Já no *civil law* a previsibilidade e a segurança jurídica advieram de imposição legal: os particulares e o Estado saberiam de antemão as regras que seriam aplicadas às relações jurídicas subjacentes por meio das leis previamente editadas. Em suma, tanto num quanto noutro sistema, a previsibilidade apresenta-se como característica própria.<sup>171</sup>

Com efeito, até mesmo no *civil law*, considerando que a aplicação da lei pelo juiz comporta diversas interpretações e é por meio delas que o direito é revelado, os julgamentos feitos pelo judiciário devem ser uniformes e coerentes, de modo a permitir ao jurisdicionado a prévia ciência da solução para o seu conflito. Dessa maneira, “é inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados”<sup>172</sup>. A sistemática dos precedentes até mesmo no *civil law*, assim, assegura a segurança jurídica sob a ótica da previsibilidade.

A necessária segurança jurídica que é almejada pelo uso da sistemática dos precedentes reflete diretamente na relação particular-Estado, bem como na economia, conforme destaca Marinoni:

Para que os homens – especialmente os que investem trabalho e dinheiro em atividades regulamentadas pelo Estado – possam se desenvolver, é preciso que eles possam depositar confiança nos atos estatais – administrativos, legislativos e judiciais. [...] A multiplicidade de entendimentos judiciais a respeito de uma questão de direito minimiza a segurança que deve presidir as relações entre o particular e o Estado, dificultando contratos e investimentos. [...] Isto

---

<sup>171</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Jurisprudência oscilante no STJ**. In: GALLOTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coordenadores). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 225/226.

<sup>172</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Jurisprudência oscilante no STJ**. In: GALLOTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coordenadores). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 226.

quer dizer que a limitação do poder estatal pelas leis, imprescindível à liberdade democrática e à estabilidade econômica, em verdade depende de um sistema de precedentes obrigatórios, ou seja, de um sistema judicial em que as Cortes Supremas exerçam as suas funções de definir o sentido e a validade das leis.<sup>173</sup>

É dizer, considerando que incumbe ao Judiciário interpretar a lei e “dizer o direito” no caso concreto, tal dicção não pode ser vacilante, pois, do contrário, a sociedade destinatária da norma passaria a navegar à deriva no que se refere às suas relações privadas ou até mesmo com o Poder Público, considerando a insegurança jurídica posta, seria impossível prever de forma antecipada o sentido e o alcance da norma jurídica regente daquela relação jurídica.

A seu turno, acerca da coerência que deve estar presente nas decisões judiciais que sejam hábeis a se tornar precedente, ensinam Lênio Streck e Georges Abboud:

Haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário.<sup>174</sup>

E complementam:

Coerência não é simplesmente se ater ao fato de que cada nova decisão deve seguir o que foi decidido anteriormente. Claro que é mais profunda, porque exige consistência em cada decisão com a moralidade política (não a comum!) instituidora do próprio projeto civilizacional (nos seus referenciais jurídicos) em que o julgamento se dá. A ideia nuclear da coerência e da integridade é a concretização da igualdade, que, por sua vez, está justificada a partir de uma determinada concepção da dignidade humana.<sup>175</sup>

Por fim, a integridade que deve ser perseguida pela técnica de aplicação dos precedentes diz respeito à necessidade de as decisões serem inseridas no sistema, sem vacilação, mantendo-se íntegro. Em outro dizer, “a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma

---

<sup>173</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 108/109.

<sup>174</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 117.

<sup>175</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 119.

garantia contra as arbitrariedades interpretativas”<sup>176</sup>.

Para finalizar, ao contrário do que possa parecer, “o precedente não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade. A Corte tem o dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da sociedade, de uma nova concepção geral do direito, ou, ainda, que se mostra claramente equivocado”<sup>177</sup>. Além disso, apenas para ilustrar, pensar o precedente como “engessamento” do direito é o mesmo que fazê-lo em relação à lei. Isto é, não é o fato de a lei impor padrão de conduta que o direito estaria engessado em razão disso, pois, sem sombra de dúvidas, o que importa é a norma que se extrai a partir da interpretação do texto posto, ou seja, é a atividade criativa do intérprete.

Além da coerência e da integridade, também são fundamentos para a aplicação dos precedentes judiciais os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Como visto, tanto a previsibilidade, como a coerência e a integridade são fundamentos que, em última análise, buscam a concretização do princípio da isonomia, segundo o qual a obrigatoriedade de observância dos precedentes se deve ao fato de que os casos semelhantes devem ter julgamento em conformidade com o que já foi decidido anteriormente.

Com efeito, o princípio da igualdade se propõe a nivelar os indivíduos, pessoas físicas ou jurídicas, em face de uma norma posta, bem como vincula o legislador quando da produção da norma jurídica. Isto é, é norma principiológica que se volta ao legislador, mas também ao seu aplicador<sup>178</sup>, seja ele particular ou Estado, incluindo-se aí o Estado-administração e o Estado-juiz.

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que para se compreender a completa extensão e o verdadeiro alcance do princípio da igualdade, atualmente, não basta recorrer aos ensinamentos de Aristóteles segundo o qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente. Segundo ele, tal concepção é apenas um

---

<sup>176</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 118

<sup>177</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

<sup>178</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3ª ed. 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 9.

“ponto de partida”, mas não consegue alcançar o “ponto de chegada”, vez que entre os dois pontos é necessário, antes, identificar “quem são os iguais e quem são os desiguais”<sup>179</sup>.

Assim, para Celso Antônio, é de fundamental importância identificar quais os critérios legítimos passíveis de servir de substrato a fim de “distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídico diverso”<sup>180</sup>, vez que a sua essência é conferir tratamento não-uniforme, desiguais aos indivíduos, tratando-se de discriminação positiva<sup>181</sup>.

No direito brasileiro, a igualdade, como não poderia deixar de ser, possui envergadura constitucional. Já no preâmbulo da Constituição de 1988, a igualdade possui assento. O artigo 5º, a seu turno, ao abrir o catálogo de direitos e garantias fundamentais, já dispõe no seu *caput* que “*todos são iguais perante a lei*”. Merece destaque também, dentre outras diversas passagens ao longo do Texto Constitucional, o *caput* do art. 37, que impõe como princípio de observância obrigatória pela Administração Pública a impessoalidade, que nada mais do que senão a necessidade de a Administração tratar os administrados de forma igualitária (princípio da isonomia, pois).

Aplicando-se o princípio da isonomia ao processo judicial, seja ela civil ou penal, tem-se que “*os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico*”<sup>182</sup>, ficando vedado ao Estado-juiz conferir tratamento desigual a indivíduos que se encontram em situação, fática ou jurídica, idêntica.

Acerca da importância da isonomia nos julgamentos de casos semelhantes, disserta Marinoni:

A generalidade da lei, que se mostrar enfraquecida diante da sua equivocidade e, especialmente, da profusão de decisões judiciais várias para casos iguais, é tutelada pelos precedentes, que são

---

<sup>179</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 11.

<sup>180</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 11.

<sup>181</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 12.

<sup>182</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 99.

aplicáveis a todos que estão numa mesma situação, independentemente das suas posições sociais. Isso desfavorece o emprego do jeitinho, a participação do advogado travestido de lobista e a parcialidade do juiz.<sup>183</sup>

Em conclusão, as concretizações da isonomia, da estabilidade e da previsibilidade do direito retratado nas decisões judiciais “são essenciais para que os jurisdicionados confiem no Poder Judiciário, acreditando que o juiz, como integrante de um poder harmônico e coerente, decidirá de acordo com fundamentos jurídicos que serão igualmente aplicados, mesmo que por outros juízes, aos casos equiparáveis”<sup>184</sup>.

### 3.1.1 Força ilustrativa, persuasiva e vinculante dos precedentes

Embora atualmente se debata com certa tranquilidade acerca da eficácia vinculante dos precedentes judiciais, nem sempre foi assim. Para se alcançar o atual estágio de maturidade, os precedentes passaram por uma longa evolução, sobretudo no sistema do *common law*.

Nessa seara, Daniel Mitidiero ensina que os precedentes judiciais no *common law*, sobretudo no direito inglês, evoluíram de forma a perpassar por três fases distintas. Na primeira fase (fase da ilustração), os precedentes tinham caráter eminentemente ilustrativo, servindo apenas de exemplo para os demais julgamentos futuros. Na segunda fase (fase da persuasão), os precedentes tinham a função de informar, servir de critério para o julgamento dos demais casos. Por fim, a fase mais importante é terceira, em que os precedentes judiciais assumem feição vinculante, consubstanciando-se como fonte primária do direito.<sup>185</sup>

A primeira fase, conhecida como o sistema *Case Law*, vigorou durante o período medieval e era assim identificada, pois os juízes à época invocavam as decisões anteriores caso a caso tão somente para ilustrar ou explicar o significado do direito

---

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 105.

<sup>184</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Jurisprudência oscilante no STJ**. In: GALLOTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coordenadores). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 228/229.

<sup>185</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 27.

aplicado ao caso, inexistindo qualquer vinculação aos julgamentos pretéritos.<sup>186</sup>

Ainda nessa primeira fase, as decisões dos juízes e do rei passaram a ser catalogadas ao longo dos anos nos chamados *statute books*, que tinham por objetivo demonstrar os costumes da corte nos julgamentos pretéritos.<sup>187</sup> Tais coletâneas (*statute books*) não eram consideradas fontes do direito, mas sim eram utilizadas como meio de conhecimento jurídico nas chamadas escolas *Inns of Court*<sup>188, 189</sup>.

Ainda partindo da ideia da catalogação das decisões, um *writ* real de 1292 tornou obrigatória a guarda e a seleção das atas de julgamento (*plea rolls*) cujo resultado culminou na formação dos anuários identificados como *Years Books*, que a despeito de catalogar as decisões judiciais, arregimentaram os excertos dos argumentos dos litigantes e dos pronunciamentos judiciais.<sup>190</sup>

Sobre essa primeira fase, destacam Lênio Streck e Georges Abboud que:

Pode-se afirmar que o *common law*, mesmo antes do surgimento da doutrina dos precedentes ou do *stare decisis*, sempre embasou-se na casuística, vale dizer, na análise de prévias decisões judiciais para se alcançar o deslinde da demanda. Essas decisões prévias não constituíam verdadeiramente precedentes, mas exemplos de modo como o direito havia sido aplicado naqueles casos particulares. [...] várias obras já reuniam diversas decisões judiciais sem que estivesse colocada a doutrina dos precedentes. [...] Nessas obras, as decisões judiciais poderiam ser usadas para ilustrar os princípios legais, mas não o foram, elas próprias, uma fonte autorizada de lei.<sup>191</sup>

A seu turno, na segunda fase, que vigorou entre os séculos XVI e XVIII, os precedentes judiciais evoluíram a sua feição de meramente informativa, cuja imagem dos *Years Books* é bastante emblemática, para assumir características de persuasão. Isto

---

<sup>186</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 27/29.

<sup>187</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 152.

<sup>188</sup> Eram espécies de ordenação de ofício em que os operadores do direito iriam ouvir advogados e juízes a fim de aprender o Direito em ação nos tribunais. Nesse sentido, CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia**. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pág. 42.

<sup>189</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 153.

<sup>190</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 154/155.

<sup>191</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, págs. 43/44.

é, serviam para a decisão do caso, desde que não fossem contrários ao direito, embora não houvesse obrigatoriedade de aplicação.<sup>192</sup> Foi nessa fase que o termo “precedente” foi utilizado pela primeira vez, mais especificamente em 1557, conforme destacam Lênio Streck e Georges Abboud.<sup>193</sup>

Assim como os *Years Books*, essa fase foi marcada pelo catálogo de decisões contendo a transcrição textual do caso e do respectivo julgamento que eram identificados como *Law Reports*<sup>194</sup> ou *Named Reports*<sup>195</sup>. Segundo Mitidiero, esse é o momento que marca o início da teoria do precedente, que contou com a contribuição dos doutrinadores à época como Edward Coke, Mathew Hale e William Blackstone.<sup>196</sup>

No século XVII prevalecia o posicionamento de Sir Edward Coke, para quem as leis contrárias à razão e aos princípios fundamentais do *common law* eram nulas e não deveriam gerar qualquer efeito, pois, segundo ele, os poderes do rei e do parlamento deveriam ficar “*sob o direito*”. Segundo Caenegem essa era uma postura receosa do autoritarismo até então vivenciado. Aquele posicionamento influenciou, inclusive, os norte-americanos quando da promulgação da sua Constituição.<sup>197</sup>

Lembra Marinoni, que, por outro lado, William Blackstone, nos seus *Commentaries on the law of England* (1765), inclinava-se no sentido de que o papel desempenhado pelos juízes era de somente declarar o direito e não criá-lo. Isto é, a função jurisdicional, segundo o entendimento doutrinário plasmado por Blackstone à época, era eminentemente declaratória.<sup>198</sup>

Ainda segundo Marinoni, Blackstone defendia a existência da lei não escrita (*lex non scripta*), que é o *common law* propriamente dito, e a lei escrita (*statute law* ou

---

<sup>192</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 32.

<sup>193</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 44.

<sup>194</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 155.

<sup>195</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 32.

<sup>196</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 32.

<sup>197</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia**. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 16.

<sup>198</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

direito escrito), sendo que aquela seria formada tanto pelos costumes gerais da população em geral, quanto pelos costumes particulares de determinadas frações do reino e de alguns órgãos jurisdicionais.<sup>199</sup> Para Blackstone ainda, consoante ensina Caenegem, as leis tinham de ser aplicadas e obedecidas, por mais irrazoáveis que fossem, afigurando-se inadmissível qualquer insurgência em face delas.<sup>200</sup>

Tendo por princípio que o *common law* é também fruto dos costumes gerais e imemoriáveis dos cidadãos ingleses, bem como considerando o fato de que uma decisão se baseava no precedente anterior, a única função a ser desempenhada pelos juízes era de declarar o direito preexistente, evidenciar o *common law*.<sup>201</sup> Blackstone não era contrário aos precedentes, até mesmo porque, segundo ele, como destaca Mitidiero, os precedentes deveriam ser seguidos, a menos que fossem absurdos ou injustos, oportunidade em que seriam descartados como norma para o caso concreto.<sup>202</sup> Daí o caráter tão somente persuasivo do precedente, pois o juiz, mesmo reconhecendo que o precedente se amoldava ao caso concreto, poderia negar a sua aplicação para solucionar o conflito, o que permitia a abertura de amplo juízo de conveniência ao juiz.<sup>203</sup>

Duras críticas foram formuladas por doutrinadores à doutrina de Blackstone, a exemplo de Jeremy Bentham, para quem a teoria declaratória (teoria de Blackstone) equivaleria a adestrar os juízes tal como o faziam com os cachorros, chegando Bentham a afirmar que a teoria deveria ser qualificada como *dog law*.<sup>204</sup>

É partir desse momento, nas primeiras décadas do século XIX, que se inicia a terceira fase da evolução dos precedentes no *common law* inglês: a fase da eficácia vinculante dos precedentes.<sup>205</sup>

---

<sup>199</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 24.

<sup>200</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia**. Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pág. 16.

<sup>201</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 24/25.

<sup>202</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 34.

<sup>203</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 36/37

<sup>204</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 25.

<sup>205</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 158.

Retomando às críticas feitas por Jeremy Bentham às ideias de Blackstone, é curioso assinalar que Bentham foi aluno de Blackstone e contra as suas ideias se mostrou forte combativo, defendendo que o direito deveria ser codificado e não proferido pela boca dos juízes, já que, segundo ele, a função jurisdicional seria exemplo de poder arbitrário. Ainda segundo ele, o *common law* deveria ser considerado com um falso direito, um quase direito ou uma imitação do direito.<sup>206</sup>

Segundo Caenegem, Bentham talvez se equiparasse muito mais a um panfletário e agitador do que verdadeiramente a um acadêmico.<sup>207</sup> Mas, conforme Mitidiero, referenciando Neil Duxbury e outros doutrinadores ingleses, suas ideias, somadas à doutrina de John Austin, são responsáveis pela mudança de concepção dos precedentes no direito inglês – transmutando-se sua eficácia de meramente persuasiva para vinculante – ao longo do século XIX.<sup>208</sup>

Isto porque, Bentham considerava que o direito seria uma expressão de vontade criado pelo homem e não uma entidade fictícia criada pela natureza, tal como defendia Blackstone. Além disso, considerava ele que o direito inglês era sim criado pelos juízes e não tão somente revelado por eles. Austin complementa afirmando que a ideia de que os juízes apenas declarariam o direito afigurar-se-ia como uma ficção infantil. Para eles a única forma de resolver o problema da segurança jurídica seria por meio da codificação do direito inglês e a adoção de precedentes com eficácia vinculante. Relativamente aos precedentes, os autores defendiam a reformulação dos *Law Reports*, modificações essas que deveriam deixá-los mais confiáveis, permitindo a rápida identificação de quais seriam os precedentes mais relevantes em determinada matéria, bem assim onde e como poderiam ser encontrados.<sup>209</sup>

Nessa toada, partindo dos ideais de Bentham e Austin, também contribuíram para essa mudança de paradigma a reforma levada a cabo nos *Law Reports* em 1865 e o

---

<sup>206</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia.** Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pág. 69.

<sup>207</sup> CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia.** Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pág. 69.

<sup>208</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 37

<sup>209</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 38/40.

advento dos *Judicature Acts* (Lei de Organização Judiciária) de 1873 -1875.<sup>210</sup>

No que se refere à reforma dos *Law Reports*, os repertórios ingleses passaram a ser editados pelo *Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales*, entidade criada com o fim específico de resolver os problemas de acessibilidade, identificação e confiabilidade dos precedentes.<sup>211</sup>

Já no que tange aos *Judicature Acts* de 1873 – 1875, eles tiveram o condão de racionalizar a organização judiciária inglesa, unificando as jurisdições de *Common law* e *Equity* e estruturando as cortes em um sistema hierárquico piramidal.<sup>212</sup>

A partir dessas alterações normativas, e após ter havido bastante difusão das ideias de Austin e Bentham, que a *House of Lords* passou a debater acerca da vinculação aos precedentes e, em 1898, a Corte, no julgamento do caso *London Tramways Co vs. London County Council*, manifestou expressamente no sentido que estaria vinculada aos seus próprios precedentes, os quais passaram a possuir, desde então (1898), eficácia vinculante.<sup>213</sup>

O que se percebe do quanto abordado até aqui é que, apesar da inexistência de drásticas rupturas na formação do *common law* inglês, o direito da Inglaterra sofreu modificações contabilizadas desde a Idade Média, mais especificamente a partir do século XI, até a Idade Contemporânea, alterações estas por meio das quais é possível perceber a crescente evolução do *common law* e, em paralelo, também a dos precedentes judiciais ao longo séculos.

Além disso, percebeu-se também que, em que pese os precedentes judiciais tivessem passado a repercutir no ordenamento jurídico inglês a partir do século XI, o seu efeito vinculante somente veio a ser estabelecido no século XIX. Em outro dizer, em pese presente na tradição jurídica do *common law* inglês, os precedentes judiciais levaram oitocentos anos (do século XI ao XIX) para assumir feição vinculativa.

---

<sup>210</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 37.

<sup>211</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 40/41.

<sup>212</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 41.

<sup>213</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 42/43.

No sistema jurídico do *civil law*, a seu turno, considerando que a força vinculante dos precedentes judiciais advém da regra jurídica posta, seja na Constituição, seja na lei em sentido estrito, não é possível divisar essa evolução tal como narrada anteriormente em relação ao sistema do *common law*.

É que, no *civil law*, basta que haja alguma norma jurídica legítima impondo a observância dos precedentes para que ele já assuma eficácia vinculante, nada obstante que o vácuo normativo permita que eles sejam utilizados com eficácia persuasiva, que, apesar de não ser obrigatória a sua aplicação, teria o condão de constranger o julgador a aplicá-lo.

### **3.2 Afinal, o que é um precedente judicial?**

Examinamos nos tópicos anteriores os fundamentos que conferem estofo à tese de observância dos precedentes judiciais, bem como a sua evolução desde a eficácia ilustrativa até a vinculante. Todavia, o que é um precedente? É a resposta a tal indagação que nos propomos a apresentar no presente tópico.

#### **3.2.1 *Obter dictum, ratio decidendi e stare decisis***

Três temas relativos aos precedentes judiciais são imprescindíveis de serem examinados a fim de identificar: a razão da sua vinculação, o quê, na decisão judicial, é passível de se tornar vinculante, bem como o quê, também na decisão judicial, não assume feição vinculativa. Desse modo, é de fundamental importância o estudo dos institutos do *stare decisis*, da *ratio decidendi* e do *obter dictum*.

Acerca do *stare decisis*, Lênio Streck e Georges Abboud asseveram que a sua doutrina não pode ser considerada como sinônimo da doutrina dos precedentes, até mesmo porque esta é anterior àquela, além do que estar-se-ia minimizando a concepção do *stare decisis*, vez que tal instituto não se limita à aplicação da regra de solução

análoga para casos iguais.<sup>214</sup> O que querem os autores afirmar é que a vinculação dos precedentes conferida pelo *stare decisis* se deu em momento posterior à utilização das decisões anteriores de forma ilustrativa, não vinculativa.

Por outro lado, deve ser destacado que o pressuposto lógico de existência da teoria dos *stare decisis*<sup>215</sup>, enquanto necessidade de respeito obrigatório aos precedentes, é a possibilidade de criação de direito pelos juízes.<sup>216</sup> Em que pese a fixação de tal assertiva, Marinoni, com arrimo nos ensinamentos de Neil MacCormick, afirma que

Os próprios juízes chegaram à conclusão de que a ruptura com os precedentes significaria criar o direito e, por isso, mantiveram-se adstritos aos precedentes, dando uma bela demonstração concreta, porque perceptível na história dos precedentes, de que a aceitação da natureza declaratória da decisão judicial não é incompatível com o *stare decisis*.<sup>217</sup>

Fazendo referência aos ensinamentos de Neil Duxbury, Cláudia Aparecida Cimardi afirma que o *stare decisis*, apesar de possuir diversas acepções, “corresponde aos princípios e às regras que orientam o uso dos precedentes e seu status de autoridade vinculante (binding precedents)”<sup>218</sup>.

O estudo do *common law* está diretamente ligado à teoria do *stare decisis*, embora seja a ela pretérito. Isto é, o *common law*, assim considerado como os costumes gerais e imemoriais que determinavam o comportamento do povo inglês, existiu por séculos antes mesmos de os precedentes tornarem-se obrigatórios no direito inglês.<sup>219</sup>

Com efeito, conforme visto a eficácia obrigatória dos precedentes judiciais no

---

<sup>214</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, págs. 40/41.

<sup>215</sup> Explica José Roberto Cruz e Tucci que o *stare decisis* provem da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa: mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido. In: TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 160. No mesmo sentido: STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 34.

<sup>216</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 25/26.

<sup>217</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 28.

<sup>218</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 39.

<sup>219</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 29.

*common law* inglês só se consolidou em definitivo em 1898 (final do século XIX) após o julgamento do caso *London Tramways Co vs. London County Council*. De outro lado, quase mil anos antes do estabelecimento da obrigatoriedade dos precedentes, formava-se o *common law*, mais especificamente no ano de 1066, após a conquista normanda.

Isto é, no dizer de Marinoni “o conceito de rules of precedent e a ideia de vinculação (binding effect) foram consolidados no período entre 1862 e 1900. [...] tanto a teoria declaratória quanto a teoria constitutiva adaptaram-se a um sistema de respeito obrigatório aos precedentes.”<sup>220</sup>

Em outras palavras, embora diretamente relacionado ao *common law*, o *stare decisis* com ele não se confunde, até mesmo porque este “não é necessário para a existência do sistema de direito material nem para o funcionamento do sistema de distribuição da justiça”<sup>221</sup>, embora tenha sido de suma importância para o desenvolvimento do *common law* na atualidade.<sup>222</sup>

Destaca Cláudia Aparecida Cimardi, com arrimo na doutrina de Neil Duxbury, que essas são as razões para que os precedentes possuam eficácia vinculante:

[...] representam “modelos” da correta prática judicante, como uma norma, fornecendo aos julgadores razões para justificar a decisão; os julgadores realmente acreditam que o precedente é uma boa decisão, e que não usá-lo pode causar problemas à comunidade, o que lhes custaria muitas críticas, até mesmo má reputação; os julgadores que seguem precedentes decidem de forma eficiente, e suas decisões têm força, porque são congruentes com as decisões de outros juízes que enfrentaram o mesmo problema; seguir precedentes faz com que as regras imponham certeza e previsibilidade. Por fim, aponta um argumento deontológico: os precedentes são intrinsecamente boas decisões. Por isso, os precedentes devem ser seguidos simplesmente porque são precedentes e os casos similares devem receber tratamento similar.<sup>223</sup>

A eficácia vinculante dos precedentes judiciais oriunda da teoria do *stare decisis* pode ser identificada tanto no plano vertical (ou externo) quanto no plano

---

<sup>220</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 29.

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 31.

<sup>222</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 31.

<sup>223</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 40

horizontal (ou interno). A eficácia vinculante externa ou vertical tem o condão de vincular os órgãos jurisdicionais inferiores à corte onde o precedente foi editado. Ao passo que a eficácia vinculante interna ou horizontal informa que os precedentes editados vinculam a própria corte que o editou.<sup>224</sup>

De tudo isso, conclui-se que a teoria do *stare decisis* é, assim, o meio encontrado pela doutrina inglesa de justificar e ratificar a eficácia vinculante, no âmbito vertical e horizontal, dos precedentes judiciais no sistema do *common law*, teoria esta que somente foi consolidada, na Inglaterra, no apagar das luzes do século XIX.

É importante notar que, no sistema do *common law*, a autoridade dos precedentes não provém da lei, mas sim porque seguir os precedentes pelos juízes é o padrão aceito de conduta, consoante entende Hart, e o desvio deles (os precedentes) é visto negativamente principalmente pelos seus pares e os expõem a críticas.<sup>225</sup>

De outra banda, Lênio Streck e Georges Abboud dissertam no sentido de que a vinculação dos precedentes decorre da necessidade de provar a existência das regras e dos princípios do *common law* revelados pelo Judiciário:

A doutrina dos precedentes caracteriza a evolução histórica da filosofia do *common law*, baseada na casuística e na própria história do fenômeno jurídico. Desse modo, a linha judicial, consistente na aplicação de uma regra ou princípio jurídico em diversos casos análogos, é evidência da existência e validade de cada regra e/ou princípio jurídico aplicado. Assim, perante a doutrina dos precedentes, as decisões não configuram meros exemplos da aplicação das regras e dos princípios, mas, sim, a prova da existência deles e de sua consequente recepção pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o juiz tem a obrigação de encontrar o direito na análise dos casos e declará-lo.<sup>226</sup>

Ainda no estudo dos precedentes no âmbito do *common law* inglês, outro instituto que merece destaque para o presente trabalho é a *ratio decidendi*.

É que, no *common law* inglês, por tudo o que foi visto até aqui, o precedente

---

<sup>224</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 170.

<sup>225</sup> KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 98. No mesmo sentido, MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 98/99.

<sup>226</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, págs. 44/45.

judicial nada mais é do que o julgamento levado a cabo por um órgão incumbido da função jurisdicional - que normalmente compõe a cúpula do sistema judicial - em um dado caso concreto e que passa a servir de paradigma com eficácia vinculante para os casos futuros. Mas o que de fato vincula naquele julgamento paradigma, já que a decisão judicial, como regra, contempla o enfrentamento dos fatos, a razões que embasam a conclusão (fundamentação) e a conclusão? É justamente para apresentar resposta a tal indagação que se faz necessário o estudo do instituto da *ratio decidendi*.

No seu livro *Precedentes Obrigatórios*, Luiz Guilherme Marinoni expõe que, no *common law*, não há acordo doutrinário que defina de forma cabal a *ratio decidendi*, bem como alerta para a inexistência de método que permita chegar à sua definição.<sup>227</sup> Outro problema identificado pelo autor em relação ao instituto diz respeito a saber quem define a *ratio decidendi*: o órgão jurisdicional de onde emanou o precedente ou aquele que está a um julgar um dado concreto com base no precedente anteriormente fixado.<sup>228</sup>

Em relação ao primeiro problema (definição do que é a *ratio decidendi*), Marinoni, valendo-se dos ensinamentos de Neil Duxbury, analisa que, ao interpretar uma dada lei, o juiz o faz com o intuito de chegar à decisão final e é essa interpretação a *ratio decidendi*.<sup>229</sup> Lei, nesse caso, deve ser interpretada na acepção mais ampla possível, de modo a açambarcar os costumes imemoriais, que são o traço característico do *common law* inglês.

Para Mitidiero, a seu turno, com arrimo na doutrina de Neil MacCormick, a *ratio decidendi* seriam “as razões necessárias e suficientes constantes da justificação judicial ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso”<sup>230</sup>.

Lênio Streck e Georges Abboud optam por conceituar a *ratio decidendi* como “o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto” ou, em outras palavras, “é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”,

---

<sup>227</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 162.

<sup>228</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 165/166

<sup>229</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 167.

<sup>230</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 97.

mas advertem que “ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou”.<sup>231</sup>

Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria e Paula Braga, no mesmo sentido, afirmam que a *ratio decidendi* são “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”<sup>232</sup> e complementam:

Trata-se de norma geral, malgrado construída, mediante raciocínio indutivo, a partir de uma situação concreta. *Geral* porque a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída.<sup>233</sup>

O que se percebe, assim, é que o precedente a *ratio decidendi* se confundem. Isto é são os fundamentos da decisão judicial que servirá como paradigma para o julgamento dos casos análogos no futuro.

Em relação ao segundo problema (saber quem define a *ratio decidendi*: o órgão jurisdicional de onde emanou o precedente ou aquele que está a um julgar um dado concreto com base no precedente anteriormente fixado) levantado por Marinoni, Fredie Didier Jr, Rafael Alexandria e Paula Braga, citando Geoffrey Marshall, afirmam que:

Em uma decisão, o órgão judicial não indica, ou não precisa indicar, expressamente, qual é a *ratio decidendi*. “Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem como precedente extrair a ‘norma legal’ (abstraindo-a do caso) que poderá ou não indicar na situação concreta”.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 47.

<sup>232</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 442.

<sup>233</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 443.

<sup>234</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela.** 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 448.

Em outro dizer, no sistema do *common law*, a decisão judicial não nasce como precedente, isto é, não surge com eficácia vinculante, possuindo apenas potencial de sê-lo. São os julgamentos dos casos semelhantes posteriores que lhe conferem eficácia de precedente, cujo efeito independente do órgão jurisdicional que o produziu.

Por fim, outro importante instituto que necessita ser estudado e que ganha relevo para o presente trabalho é a *obter dictum*, o qual, em que pese, também possa fazer parte da estrutura formal da decisão judicial que venha a se tornar um precedente, não se confunde com a *ratio decidendi*.

A identificação do que venha a ser a *obter dictum* em uma decisão judicial que venha a se tornar um precedente do sistema do *common law* é relevante a fim de averiguar qual a porção do julgado que tem efeito obrigatório ou vinculante.<sup>235</sup>

Com efeito, enquanto a *ratio decidendi* diz respeito à regra de direito que foi posta no pronunciamento jurisdicional como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, a *obter dictum* corresponde a todas as afirmações e argumentações contidas na motivação da decisão paradigma, mas que, entretanto, não se constituem como fundamento, nem mesmo como parte dele, tendo utilidade apenas para a compreensão da decisão e dos seus motivos.<sup>236</sup>

Lênio Streck e Georges Abboud conceituam no mesmo sentido, embora com outras palavras, a *obter dictum*: “o *obter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”<sup>237</sup>.

Michele Taruffo alerta, porém, que tal distinção pode ser um pouco complexa de ser feita na prática. Todavia, ela é de fundamental importância a fim de identificar a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente.<sup>238</sup>

---

<sup>235</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 167.

<sup>236</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. RePro, n. 199. São Paulo: Editora RT, 2011, item 3.

<sup>237</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 48.

<sup>238</sup> TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. RePro, n. 199. São Paulo: Editora RT, 2011, item 3

A *obter dictum* (ou *obter dicta*, no plural) pode ser concebida, assim, por exclusão. Isto é, seria toda questão levada em consideração pela corte, quando da formação de um precedente, mas que não seja considerada a sua razão de decidir, já que as *obter dicta* não possuem eficácia vinculante, apenas ilustrativa ou, quando muito, persuasiva.

Com efeito, alerta Marinoni que a *obter dictum* pode sofrer variações: ora aproxima-se mais da *ratio decidendi*, ora distancia-se dela, mas esta última (a *obter dictum* que mais se aproxima da *ratio decidendi*), em que pese não possua eficácia vinculante, possui uma certa carga persuasiva.<sup>239</sup>

Bem examinada essas premissas, deve ser indagado: em que momento que se forma o precedente no *common law* inglês? Isto é, quando a corte julga um caso determinado concreto já naquele momento ela declara que aquela decisão será considerada um precedente ou serão os julgamentos posteriores de casos semelhantes que terão o papel de erigir o pronunciamento jurisdicional ao patamar de um precedente vinculante?

Segundo José Roberto Cruz e Tucci, “o precedente judicial não se confunde com o costume; pelo contrário, uma regra consuetudinária, passando também a ser observada pelos tribunais, é que viabiliza a sua transformação em precedente”<sup>240</sup>. Tal assertiva serve para distinguir os precedentes dos costumes, mas é suficiente para identificar em que momento, de fato, o precedente é formado.

Lênio Streck e Georges Abboud afirmam que o “o precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém DNA de historicidade que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores do judiciário”<sup>241</sup>. Mais adiante complementam: “[o precedente] é uma espécie de depuração histórico hermenêutica de alguma decisão de Tribunal Superior. Daí, no *common law*, nenhuma

---

<sup>239</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 168 e 171.

<sup>240</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 15.

<sup>241</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 106.

decisão nasce com esse status”<sup>242</sup>.

Em outras palavras, não é no momento em que se julga um determinado caso concreto que o tribunal afirma que aquele julgamento específico se tornará um precedente. São os julgamentos dos casos análogos posteriores que irão elevar aquela decisão anterior à condição de precedente. Acerca deste aspecto, mais uma vez, impõe-se trazer à colação as assertivas palavras de Lênio Streck e Georges Abboud:

No *common law*, os Tribunais Superiores, quando decidem um *leading case*, não podem impor seu julgado determinando que ele se torne um precedente. Quando o *Justice Marshall* decidiu *Marbury vs Madison*<sup>243</sup>, ele não podia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para a realização do controle difuso de constitucionalidade.<sup>244</sup>

Assim, diferentemente do que dispõe o sistema de precedentes estruturado no Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, a formação dos precedentes ditada pela tradição do *common law* ocorre em momento posterior à prolação da decisão paradigma e não de forma antecipada, como quer o legislador do Código de Processo Civil de 2015. Voltaremos ao tema relativo ao momento de formação dos precedentes no Código de Ritos de 2015 no momento oportuno.

### 3.2.2 Hipóteses de não aplicação dos precedentes: a superação e a distinção

Uma vez examinados os relevantes institutos do *stare decisis*, *ratio decidendi* e do *obiter dictum* no tópico anterior, cumpre agora investigar as hipóteses de não aplicação dos precedentes judiciais.

Nesse sentido, em que pese a teoria do *stare decisis* torne obrigatória a aplicação do precedente para o caso futuro, há determinadas situações em que ele não

---

<sup>242</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, págs. 106/107.

<sup>243</sup> O precedente firmado a partir do julgamento do caso *Marbury vs. Madison* é tido como o precursor do *judicial review* no direito norte-americano.

<sup>244</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 108.

será necessariamente seguido, seja porque não guarda identidade com o caso concreto, oportunidade em que se evidencia o instituto do *distinguishing*, seja em razão do fato de que o precedente paradigma já se encontra superado pela evolução da social e jurídica, não atendendo mais aos ideais de justiça da época em que foi firmado, oportunidade em que assume posição de destaque o fenômeno identificado como *overruling*.<sup>245</sup> Em ambos os casos, trata-se de função eminentemente interpretativa e exclusiva das Cortes julgadoras.<sup>246</sup>

No mesmo sentido, mas com outras palavras, fazendo referência a José Lamego, asseveram Lênio Streck e Georges Abboud:

No primeiro caso [*distinguishing*], o juiz intenta evidenciar não só as semelhanças mas também os caracteres específicos que diferenciam a situação em análise; no segundo caso [*overruling*], rejeita a solução precedente por ser susceptível de conduzir a resultados injustos. Em ambos os casos deve fundamentar o seu afastamento da solução que constitui precedente (ônus de argumentação).<sup>247</sup>

Com efeito, ocorrerá o *overruling* quando um determinado precedente for substituído pela Corte incumbida da sua formação em decorrência de ele ser considerado ultrapassado ou equivocado. Nesse processo de substituição, a nova decisão deve consignar de forma expressa que o precedente (*rectius*, sua *ratio decidendi*) anterior está sendo revogado e a partir daquele momento perderá o seu valor vinculante e fonte normativa primária do direito.<sup>248</sup>

O citado instituto do *overruling* é considerado por José Rogério Cruz e Tucci exceção à regra do efeito vinculante dos precedentes.<sup>249</sup> Todavia, ousamos discordar do ilustre doutrinador, ao argumento de que os precedentes quando são constituídos possuem eficácia vinculante e devem ser obedecidos pelo judiciário no julgamento dos casos análogos futuros, quando, todavia, vier ocorrer o fenômeno do *overruling* não se

---

<sup>245</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, p. 126.

<sup>246</sup> ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Edições JusPodivm, 2015, p. 335.

<sup>247</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 137.

<sup>248</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

<sup>249</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pág. 179.

trata de exceção à sua eficácia vinculante, pois o precedente foi formado encontrava-se dotado de força cogente até aquele momento em que a evolução social permitiu a sua superação. Ou seja, não se trata de exceção ao efeito vinculante, mas de superação do precedente anterior, permanecendo incólume o chamado *binding effects* até aquele momento.

A seu turno, o *distinguishing* terá lugar quando, ao comparar o caso que está sendo julgado naquele momento e o precedente paradigma anterior, constata-se que há distinção entre as referências fáticas essenciais entre os casos ou há a demonstração de que a *ratio decidendi* do caso anterior não se amolda ao caso em julgamento.<sup>250</sup>

Assim como se disse em relação ao *overruling*, defendemos a tese segundo a qual o *distinguishing* não é exceção ao efeito vinculante do precedente, embora Cruz e Tucci não faça menção a tal circunstância. Advogamos tal premissa ao argumento de que, com a aplicação do *distinguishing*, o precedente paradigma não deixa de existir no mundo jurídico, mas tão somente ele não é aplicado naquele caso concreto futuro, por não se tratar de hipótese fática idêntica ou ao menos semelhante.

### 3.2.3 Precedente, jurisprudência e súmulas: institutos distintos

O que assume posição de relevo para presente estudo é que tanto a jurisprudência quanto a súmula possuem origem em comum: o precedente judicial. Ou seja, aquela decisão judicial do tribunal que, dada a sua relevância, ou por expressa disposição legal, passa a ser reiterada no julgamento dos casos futuros e/ou tem a sua *ratio decidendi* evidenciada num enunciado sumular.

Embora os leigos possam tomar como expressões sinônimas, precedentes e jurisprudência não se confundem. Além disso, outro instituto relacionado ao tema, as súmulas, vinculantes ou não, embora também emanadas dos tribunais, possuem contornos próprios.

Sobre o tema, Didier Jr., Alexandria de Oliveira e Sarno Braga, de forma

---

<sup>250</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 230.

bastante didática, na medida em que os distinguem, expõem os conceitos de cada um deles:

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, se transforma em jurisprudência, que, se predominar em tribunal, pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência deste tribunal. Assim, a súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedente – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas.<sup>251</sup>

Em outro dizer, enquanto a jurisprudência, na sua acepção mais técnica, reflete o posicionamento uniforme e reiterado do tribunal, os precedentes judiciais não surgem em observância à reiteração de julgamentos, mas a partir do julgamento de um determinado caso concreto que passa a ser seguido nos julgamentos posteriores a fim de conferir a casos iguais tratamento idênticos. Já as súmulas, a seu turno, são os enunciados normativos que refletem a fundamentação utilizada pelo tribunal para solucionar determinados casos idênticos que foram decididos no mesmo sentido de forma reiterada.

O próprio artigo 103-A da Constituição da República de 1988<sup>252</sup> dispõe que as súmulas vinculantes seriam o resultado de “reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, o que denota o caráter reiterativo das decisões (jurisprudência) como pressuposto de formação dos enunciados (súmulas).

No mesmo sentido caminham Lênio Streck e Georges Abboud ao afirmarem que, a partir de uma única decisão, “o precedente fornece regra universalizável que passa a ser utilizada como critério de decisão. A jurisprudência, por sua vez, necessita de série reiterada de decisões para ser caracterizada, e a análise da questão fática dos

---

<sup>251</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 487.

<sup>252</sup> CR, Art. 103-A. “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

casos que ela solucionará é menos rigorosa e precisa que a aplicação do precedente”<sup>253</sup>.

Nessa ordem de ideias, é interessante destacar que, enquanto na jurisprudência a reiteração de decisões no mesmo sentido se dá de forma concomitante (ou prévia) à formação da jurisprudência, no caso dos precedentes vinculantes a reiteração dos julgamentos que elevam a decisão anterior à condição de precedente se dá em momento posterior (posterior à prolação da decisão paradigma, por óbvio).

Especificamente sobre a distinção entre precedentes judiciais e a súmula vinculante, discorrem Lênio Streck e Georges Abboud:

A primeira distinção é a forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico, no *common law*, a força do precedente reside na tradição, não estando estabelecida em qualquer regra escrita, quer na Constituição e tampouco em regra de ofício. Causa espécie, pois, o estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade da obediência ao “precedente sumular” por intermédio de emenda constitucional em um sistema jurídico filiado à família romano-germânica.<sup>254</sup>

O que se conclui, assim, é que, embora seja institutos ligados de forma bastante próxima, não se confundem.

### **3.3 A formação brasileira do sistema de precedentes judiciais**

No direito brasileiro, os pronunciamentos judiciais, embora nem sempre tiveram eficácia vinculante, sempre possuíram posição de relevo no cenário jurídico nacional, consoante evidenciado a seguir.

#### **3.3.1 A influência portuguesa na formação dos precedentes: os assentos**

O Código de Processo Civil de 2015 – Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – teve o condão de alterar sobremaneira a atuação do judiciário, sobretudo no que se refere à importância dos pronunciamentos judiciais que possuem feição de precedentes.

---

<sup>253</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 107.

<sup>254</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 68.

Com efeito, ao longo de todo o seu texto diversas passagens contemplam a necessidade de se observar as decisões pretéritas, que passam a ser adotadas como precedentes para casos futuros.

Antes, porém de adentrarmos no exame específico do sistema de precedentes obrigatórios instituído pelo Código de Processo Civil de 2015, cumpre traçar um breve histórico acerca dos contornos que já assumiram as decisões judiciais na tradição jurídica brasileira.

Essa rápida incursão histórica faz-se necessária até mesmo para repelir, mais uma vez, qualquer alegação doutrinária no sentido de que o direito brasileiro está se transformando no *common law* ou que o Brasil não possui tradição alguma na aplicação do sistema de precedentes como fonte normativa.

Pois bem. Em Portugal, o Alvará de 10 de dezembro de 1518 teve o condão de disciplinar o efeito vinculante da interpretação da lei e estabeleceu, dentre outras coisas, que: i) a dúvida sobre determinada lei deveria ser levada ao Regedor da Corte, que submeteria a alguns desembargadores; ii) caso ainda permanecesse a dúvida, o regedor deveria submeter à interpretação do rei; iii) em ambos os casos, a solução era registrada em um “livrinho” (nomenclatura propriamente utilizada à época) para consultas futuras; iv) caso algum juiz decidisse estando em dúvida acerca da interpretação da lei sem recorrer ao regedor, seria punido com suspenso até que o rei lhe concedesse a graça.<sup>255</sup>

Os julgamentos da Corte que, ao interpretar a lei, sanavam as dúvidas dos juízes e eram inseridos no “livrinho” citado passaram a ser identificados como “assentos” e possuíam valor normativo tal qual as leis objeto de interpretação, ou seja, detinham eficácia vinculante para os casos futuros. Com o tempo, o “livrinho” passou a ser identificado como *Livro dos Assentos da Relação*.<sup>256</sup>

A prática de emissão dos “assentos” com eficácia normativa vigorou até o ano de 1993, oportunidade em que o Tribunal Constitucional declarou inconstitucional dispositivo do Código Civil que delegava competência aos tribunais para estabelecer

---

<sup>255</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 133/134.

<sup>256</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 135.

doutrina com eficácia obrigatória geral.<sup>257</sup>

Com efeito, foi no julgamento do Processo n. 747/88 – Acórdão 810/93 - que o Tribunal Constitucional de Portugal declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º do Código Civil Português, que, dentre outras regras, fixava a competência dos tribunais para expedir precedentes com força obrigatória, ao argumento de que tal previsão era contrária ao artigo 115.5 da Constituição lusitana.<sup>258</sup>

Há um outro instituto no direito português merece atenção para o presente trabalho. Está-se falando dos chamados “estilos da corte”, que correspondiam à jurisprudência uniforme dos tribunais superiores (Casa da Suplicação e Casa das Relações, antes Casa do Cível) e possuíam envergadura de fonte primária do direito expressamente assim determinado pelas Ordenações Afonsinas e Manuelinas.<sup>259</sup>

Destaca Cruz e Tucci que o posicionamento do tribunal seria considerado “estilo” se observasse os seguintes requisitos (todos eles cunhados a partir da praxe forense): i) posicionamento não contrário à lei; ii) existisse há mais de dez anos; e iii) deveria ser confirmado em pelo menos duas ou três decisões.<sup>260</sup>

Ambos os institutos refletiram diretamente no sistema de precedentes judiciais e das súmulas no Brasil, consoante será estudado a seguir.

### **3.3.2 Os precedentes no direito brasileiro contemporâneo: das súmulas ao Código de Processo Civil de 2015**

Volvendo-se ao direito brasileiro, ainda à época do Império, o Decreto n. 2.684/1875 incorporou ao sistema jurídico brasileiro os assentos – dotados de eficácia vinculante, como visto - editados em Portugal após o ano de 1805, bem como conferiu ao Supremo Tribunal de Justiça – antecessor do Supremo Tribunal Federal – o poder de

---

<sup>257</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 136.

<sup>258</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, p. 116.

<sup>259</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

<sup>260</sup> TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 137.

editar novos assentos com eficácia vinculante.<sup>261</sup>

Sinaliza Maia Nunes que outro dispositivo legal que conferia eficácia vinculante às decisões judiciais era o §1º do art. 902 da Consolidação das Leis do Trabalho que impunha a obrigatoriedade de observância das decisões do Tribunal Superior do Trabalho pelos demais órgãos jurisdicionais trabalhistas. Tal previsão vigorou durante certo tempo, mas acabou não sendo recepcionada pela Constituição de 1946.<sup>262</sup>

E continua o autor assinalando que a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, conferia ao Supremo Tribunal Federal o poder de “fixar o sentido e o alcance de certo instrumento normativo, tendo essa interpretação força vinculante para todos os efeitos”, competência esta que não foi mantida pela Constituição de 1988.<sup>263</sup>

Ainda segundo Jorge Amaury Maia Nunes, na contemporaneidade, a questão relativa à eficácia vinculante das decisões judiciais foi retomada “a partir de sua inserção no ordenamento constitucional brasileiro, por força da edição da Emenda Constitucional n. 3 – que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade”<sup>264</sup> e, mais recentemente, por meio do Emenda Constitucional n. 45/2004, que instituiu a chamada súmula vinculante (art. 103-A da Constituição da República).

Mais recentemente, o sistema jurídico brasileiro avançou de forma ainda mais significativa no tema afeito à eficácia vinculante dos precedentes judiciais. É que, no ano de 2015, foi editado o Código de Processo Civil, em substituição ao de 1973, que instituiu o que está sendo chamado pela doutrina de sistema de precedentes obrigatórios.

Assim, o que se percebe desse histórico é que, desde o final do século XIX, com a edição do Decreto n. 2.684/1875, já se passou a admitir no direito brasileiro a existência de precedentes judiciais com eficácia vinculante, disposições estas que foram repetidas em diversos atos normativos superiores, alguns até com envergadura

---

<sup>261</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, p. 107

<sup>262</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, págs. 118/119.

<sup>263</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, p. 119.

<sup>264</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, p. 105.

constitucional, razão pela qual não é novidade alguma no nosso sistema jurídica a outorga de eficácia vinculante aos precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, como visto, a observância dos precedentes judiciais é necessária a fim de manter a coerência, estabilidade e integridade de qualquer sistema jurídico, seja ele adepto do *common law* ou do *civil law*, bem como assegurar a aplicação correta do princípio da isonomia a impedir que casos iguais possuam tratamento diferente pelo órgão incumbido de exercer a atividade jurisdicional.

O que se quer com isso afirmar é que, em que pese não haja longa tradição histórica de adoção dos precedentes com eficácia vinculante, tal como o é no sistema do *common law* inglês, nada impede que o direito brasileiro imponha por meio de lei a observância obrigatória de certas decisões judiciais erigidas à condição de precedente, tal como o fez o Código de Processo Civil de 2015.

Sobre o tema, Lênio Streck e Georges Abboud advertem da impossibilidade de se equiparar os provimentos elencados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015 aos precedentes judiciais do sistema do *stare decisis* do *common law*:

O precedente judicial no sistema do *stare decisis* não pode ser equiparado à atribuição de efeito vinculante à jurisprudência dos tribunais superiores, nos moldes dos julgamentos dos processos repetitivos contidos nos arts. 543-B e 543-C do CPC [art. 1.036 do NCPC]. Prova de que essa equiparação não é possível está no próprio 927 que ao elencar o rol de provimentos vinculantes, em nenhum momento, mencionou o *precedente* judicial.<sup>265</sup>

Com efeito, segundo eles não se pode incorrer no equívoco “de lermos o CPC como um sistema de *stare decisis* ou simplesmente como ‘sistema de precedentes’ à brasileira. Na realidade, ele cria e potencializa uma vertical modalidade vinculatória de diversos provimentos elencados no art. 927 do CPC”<sup>266</sup>.

E complementam: “a aplicação do acórdão paradigma oriundo do julgamento

---

<sup>265</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 105.

<sup>266</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 107.

dos processos repetitivos ou a aplicação da jurisprudência propriamente dita, em nenhuma hipótese podem ser confundidos com o sistema de precedentes do *common law*”<sup>267</sup>. Situação diversa é a necessidade de aplicar e observar a jurisprudência a fim de assegurar a uniformização do sistema.

Destaque-se, como já destacado anteriormente, que a regulamentação do sistema de precedentes obrigatórios no Brasil, ora feito pelo Código de Processo Civil de 2015, não se trata, a nosso sentir, de equipará-los aos precedentes do *common law*, até mesmo porque, embora tenham a mesma finalidade, possuem origem absolutamente distintas.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 não foi editado com o propósito de instituir o sistema de precedentes obrigatórios, mas sim de estruturá-lo. Os precedentes estão enumerados no artigo 927 do CPC/15, a saber: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência; (iv) os acórdãos proferidos em se de julgamentos de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR - e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos); (v) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (vi) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

De início, relativamente ao rol do art. 927, duas observações devem ser feitas.

A primeira se refere ao fato de que se trata de rol exemplificativo, pois, segundo Didier, Rafael Alexandria e Paula Sarno, é possível pensar na edição de súmulas pelos tribunais de justiça e federais, por exemplo, com eficácia vinculante para si próprios. Segundo eles, embora não haja previsão no rol do art. 927 quanto ao ponto, tal ilação decorre do art. 926 do CPC/15, que impõe o dever de os tribunais brasileiros uniformizarem a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, o que “permitirá a edição de súmula que consolide sua jurisprudência dominante, observando-

---

<sup>267</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 109.

se o procedimento traçado em seu regimento interno”.<sup>268</sup>

Outro ponto que merece destaque é o fato de que os precedentes listados no rol do art. 927 do CPC/15 possuem eficácia interna e externa. Isto é, vinculam não somente o tribunal que o produziu, como também os demais órgãos jurisdicionais a ele subordinados. Nesse sentido também dispõe o enunciado n. 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “as decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a ele submetidos”<sup>269</sup>.

Outrossim, não cabe aqui a análise pormenorizada de cada um dos precedentes obrigatórios listados no art. 927 do CPC/15, vez que escaparia dos limites do presente trabalho.

Todavia, releva destacar que o próprio Código, no §1º do artigo 927, já impõe regras às decisões que aplicarem os precedentes, segundo a qual deve ser observado o princípio da não-surpresa previsto no artigo 10 e no art. 489, §1º, ambos do CPC/15.

Além disso, quanto ao *overruling* (superação dos precedentes), o §2º do artigo 927 possibilita a prévia audiência pública e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, quando houver necessidade de haver alteração.

O §3º, a seu turno, prevê a possibilidade de haver a modulação dos efeitos quando houver “alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos”, em observância ao interesse social e à segurança jurídica.

Por fim, o §4º impõe o dever de fundamentação toda as vezes em que o tribunal modificar o seu precedente, ao passo que o §5º impõe o dever publicidade e organização dos precedentes e da questão jurídica envolvida.

---

<sup>268</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 461.

<sup>269</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 456.

Em que pese Lênio Streck e Georges Abboud critiquem a adoção dos precedentes pelo Código de Processo Civil de 2015 termos claros: “não obstante sua profícua contribuição para o combate da jurisprudência defensiva, parece estar encantado com os ‘precedentes’ do direito do *common law*, equivocadamente trazido ao Brasil como jurisprudência vinculante”<sup>270</sup>, deve ser destacado que não é o fato de a observância obrigatória dos precedentes advir de imposição legal – e não de longa tradição jurídica, como no *common law* - que não possa falar em adoção do sistema de precedentes no Brasil.

Em outro dizer, deve ser repisado que, em que pese o sistema de precedentes vinculantes no sistema do *common law* tenha surgido como fruto de longa tradição histórica (no *common law* inglês, por exemplo, os precedentes somente passaram a ter eficácia vinculante após oitocentos de sua criação, conforme visto), a ausência dessa tradição não repele a sua utilização no sistema do *civil law*, até mesmo porque os fundamentos que ensejam a sua observância obrigatória podem ser verificados tanto em um como no outro sistema (dever de coerência, estabilidade, integridade e concreção da isonomia), conforme vimos.

### **3.3.3 O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes de Precedentes**

Relativamente às Cortes jurisdicionais que ocupam posição de vértice do sistema judiciário, Daniel Mitidiero identifica que elas podem ser classificadas como Cortes Superiores ou Cortes Supremas. Segundo ele,

Sumariamente, as Cortes Superiores estão vinculadas a compreensão cognitivista do Direito, a jurisdição é entendida como simples declaração de uma norma pré-existente e o escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme, sem que as razões expendidas pelos juízes possam ser consideradas como fontes primárias do Direito. As Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica e o escopo consiste em

---

<sup>270</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 16.

dar unidade do Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante.<sup>271</sup>

Em uma palavra, segundo tal concepção, enquanto as Cortes Superiores têm a função de resolver a demanda num caso concreto, exercendo tão somente o controle da decisão recorrida e eficácia retroativa (para o passado), as Cortes Supremas detêm a atribuição de conferir unidade ao direito, decidir de forma uniforme e com eficácia proativa (para o futuro).

O que se observa na prática da processualística brasileira é que tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça atuam como Cortes Superiores, vez que as suas decisões se propõem a solucionar o caso concreto e não formar um precedente que servirá de norte para o julgamento dos casos futuros. Para se verificar a veracidade de tal assertiva basta examinar algumas sentenças proferidas pelos juízes de primeira instância no Brasil afora para se constatar que não há respeito algum aos julgamentos feitos pelas Cortes de vértice brasileiras (STF e STJ) em sede de recurso especial e recurso extraordinário.

Todavia, permitir que assim o seja fere de morte os princípios da isonomia e da segurança jurídica, além de repelir a tão festejada integridade do direito. É que, como visto, as decisões judiciais, sobretudo aquelas oriundas do Tribunais Superiores (*lato sensu*), estão inseridas dentre o catálogo de normas jurídicas e, como tal, não podem ser contraditórias entre si. Lado outro, a inobservância das decisões emanadas das Cortes de vértice acaba por tratar com desigualdade pessoas que se encontram em situações iguais (violação à isonomia), bem como retiram a previsibilidade que se espera do Estado de Direito (violação à segurança jurídica).

Dito de outra forma, nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, “o fato de haver decisões diferentes acerca de situações idênticas e de este fenômeno ser tolerado pelo sistema, indubitavelmente arranha o princípio da legalidade e da isonomia”<sup>272</sup>, quem conclui que:

---

<sup>271</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

<sup>272</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução**. In: Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *RePro* 98, abr.-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, págs. 296/306.

[...] parece, todavia, que existe uma tendência no sentido de que o princípio da legalidade seja entendido como a necessidade da vinculação do Juiz ao sistema, englobando o texto da lei, doutrina e jurisprudência. Os objetivos da aplicação do princípio da legalidade, inerente ao estado de direito, são os de gerar jurisprudência iterativa e uniforme e certa margem de previsibilidade, que gera segurança.<sup>273</sup>

Ainda sobre o tema, complementa Mitidiero, ao contextualizar o sistema de precedentes no âmbito do Estado Constitucional, que parece ser o atual estágio de maturidade que se encontra o direito brasileiro:

[...] é tarefa do precedente reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade. A necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional – dada a exigência de segurança jurídica que lhe serve de base. [...] Vale dizer: constitui “um requisito elementar de justiça” tratar “casos iguais de modo igual e não de modo arbitrariamente diferente”.

Ademais, a própria Constituição da República de 1988 enuncia no artigo 102, III, que é competência do Supremo Tribunal Federal proferir a última palavra em matéria constitucional, bem como determina, no artigo 105, III, que compete ao Superior Tribunal de Justiça fazê-lo em sede de matéria de legislação infraconstitucional federal. Desse entendimento não destoa Mitidiero:

Isso quer dizer que do ponto de vista de distribuição de justiça o sentido da norma em todos os casos deve ser decidido por quem está legitimado institucionalmente para tanto, isto é, por quem a Constituição determina semelhante atribuição. Em nossa ordem constitucional, é o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça que devem, mediante um processo lógico-argumentativo, afirmar qual é o significado que deve ser dado à Constituição e à legislação infraconstitucional federal nos mais diversos contextos fático-jurídicos em que essas devem ser atuadas (arts. 102, III, e 105, III, da CF/1988).<sup>274</sup>

Disso, infere-se que, em que pese o Código de Processo Civil de 2015 tenha erigido algumas decisões judiciais à condição de observância obrigatória, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal já faziam, muito antes, ostentar as suas decisões dessa condição, em face do consta do Texto Constitucional. Todavia, a

---

<sup>273</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução.** In: Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *RePro* 98, abr.-jun. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, págs. 296/306.

<sup>274</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84.

sua inobservância advinha única e exclusivamente da falta de coerência quando dos julgamentos.

Ainda sobre o tema e tendo em vista que a função de definir o sentido do direito pelas Cortes Supremas é ditada pela Constituição,

[...] a liberdade de convicção, indispensável para garantir a independência e a imparcialidade do juiz, obviamente não pode pretender dar ao juiz a possibilidade de atribuir à lei significado diferente daquele que lhe atribuiu a Corte Suprema a quem é constitucionalmente conferida a função de definir o sentido do direito.<sup>275</sup>

Especificamente em relação ao STJ, no que se refere à irradiação dos efeitos de suas decisões em matérias federais, dissertam Luiz Rodrigues Wambier, Rita de Cássia Vasconcelos e Teresa Arruda Alvim Wambier, citando Arruda Alvim:

Tratando-se de questões federais, sabe-se que as decisões do STJ são o referencial máximo em relação à correta interpretação do direito. Na verdade, devem ser. Como nos ensina Arruda Alvim, as decisões dessa Corte Superior devem ser exemplares e igualmente “carregar consigo alto poder de convicção, justamente porque são, em escala máxima, os precedentes a serem observados e considerados pelos demais Tribunais”.<sup>276</sup>

Por essas razões, o curso que seguem os Tribunais que ocupam a posição de vértice do sistema judiciário brasileiro – de elaboração de pronunciamentos judiciais vacilantes -, seguindo a classificação acima exposta (Cortes Superiores e Cortes Supremas), precisa ser corrigido, como, aliás, vem sendo feito, inclusive sob a forte influência do Legislativo. Isto é, eles devem deixar de ser vistos como Cortes Superiores e evoluírem para serem inseridos no sistema jurídico como Cortes Supremas; ou, em outras palavras:

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como *cortes de interpretação* e não como *cortes de controle*, como *cortes de precedentes* e não como *cortes de jurisprudência*, tendo *autogoverno* e sendo dotados de meios idôneos para consecução da *tutela do direito* em uma *dimensão geral* de forma

---

<sup>275</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 106.

<sup>276</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Jurisprudência oscilante no STJ**. In: GALLOTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coordenadores). **O papel da jurisprudência no STJ**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 228.

*isonômica e segura.*<sup>277</sup> – os destaques são originais

Assim, o Supremo Tribunal Federal deve ser pensado como corte que profere a última palavra em matéria constitucional, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça deve ser encarado como o tribunal responsável para ditar a interpretação acerca da legislação infraconstitucional federal, sendo que tanto em um quanto em outro caso os seus precedentes devem possuir eficácia vinculante para todo o sistema jurisdicional. Isto porque, aqueles tribunais “são cortes que outorgam sentido à Constituição e à legislação infraconstitucional federal e visam a reduzir a equivocidade dos enunciados linguísticos em que o Direito comumente é vazado”<sup>278</sup>.

Sobre o tema, são lapidares as palavras de Marinoni ao dissertar acerca da função das Cortes Supremas num Estado de Direito que permite a extração da norma jurídica a partir da interpretação dos textos legais:

[...] num sistema em que todos os juízes interpretam as leis e controlam a sua constitucionalidade, cabe às Cortes Supremas a função de definir o sentido da lei, assim como a sua validade. Depois do pronunciamento da Corte Suprema, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá resolver caso ou decidir em desatenção ao precedente firmado. Só assim deixará de estar presente a insegurança em relação à aplicação do direito, permitindo-se a prática consciente de uma conduta com ele de acordo e a prévia aceitação da respeitabilidade inerente à sua não observância.<sup>279</sup>

De outra banda, partindo do pressuposto de que as decisões colegiadas dos tribunais superiores, a exemplo do STJ e do STF, possuem eficácia vinculante por si só – independentemente de previsão legal -, em razão do fato de eles se configurarem já de antemão como Cortes de precedentes, Marinoni critica a opção estampada pelo legislador no art. 927 do CPC/15:

Como está claro, o que tem efeito obrigatório perante os juízes e tribunais é a *ratio decidendi* ou os efeitos determinantes da decisão da Corte Suprema. Não pode importar o local em que a decisão é proferida, se em recurso repetitivo ou não. *A restrição do Código de*

---

<sup>277</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

<sup>278</sup> MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 81.

<sup>279</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 102/103.

*Processo Civil é tão absurda que implicaria na conclusão de que decisões relevantes, tomadas em recursos extraordinário e especial que não têm facilidade para se “repetir”, poderiam ser ignoradas enquanto decisões próprias de uma Corte Suprema.<sup>280</sup>*

Com efeito, independentemente do que dispõe o atual Código de Processo Civil, ou qualquer outra lei federal que venha a tratar do tema, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já ostentam feição de Cortes Supremas, ou seja, Cortes de onde emanam decisões judiciais (precedentes) que são dotadas de eficácia vinculante e que são encartadas no catálogo normativo como fontes primárias de Direito, ao lado das leis, da Constituição, dos princípios etc.

Ainda sobre o tema, por relevantes os seus ensinamentos, cabe trazer à colação o posicionamento de Cruz e Tucci:

Ademais, cabe aos magistrados outorgar aos precedentes dos tribunais superiores, revestidos da marca de definitividade, o valor e a influência aptos a orientar os órgãos inferiores e não desrespeitar, sem justificação plausível, a função nomofilática àqueles atribuída pela Constituição Federal. A despeito da inexistência de fundamento legal explícito para embasar tal raciocínio, dúvida não há de que decorre ele de nosso sistema jurídico que não pode conviver com tamanho desvio das decisões providas das mais altas Cortes do país, justamente encarregadas pela Lei Maior de desenvolver a tarefa de controle da constitucionalidade (STF) e da legalidade infraconstitucional (STJ).<sup>281</sup>

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a seu turno, ao abordarem o entendimento dos tribunais superiores plasmados em enunciados sumulares, posicionam-se de forma diversa, ou seja, de modo contrário à sua função de formar precedentes:

[...] os demais órgãos jurisdicionais, inclusive os juízes que têm suas decisões revistas em grau de recurso pelo mesmo tribunal, não ficam vinculados à Súmula, podendo decidir de acordo com o seu livre convencimento motivado. Todos os tribunais jurisdicionais do País, inclusive o STF, podem formar a sua própria súmula, *sem caráter vinculante* (grifos originais).<sup>282</sup>

Tal posicionamento, todavia, como visto anteriormente, vai na contramão no

---

<sup>280</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 24.

<sup>281</sup> CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, págs. 277-278.

<sup>282</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 765.

movimento de integração e unicidade do direito, vez que permitirá que situações idênticas tenham tratamento distintos mesmo diante do pronunciamento definitivo da Corte de vértice sobre o tema, o que não pode ser tolerado.

Sob o ponto de vista da economicidade, da lógica e do bom senso, assevera Rodolfo Mancuso acerca da necessidade de observância das decisões especificamente do Supremo Tribunal Federal:

Se o STF detém o monopólio de dar a derradeira e definitiva avaliação sobre a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, a lógica e o bom senso indicam que essa interpretação há de ser respeitada pelas demais instâncias judiciárias, porque de outro modo apenas se acumulariam os prejuízos: ao *jurisdicionado*, que de balde se insurgiria contra o entendimento do STF; a *prestação jurisdicional*, porque o processo teria sua duração inutilmente protraída; ao *serviço judiciário*, assoberbado de recursos e impugnações, desde logo fadadas ao insucesso, por esposarem entendimento diverso daquele assentado nesse *Tribunal da federação* (destaques originais).<sup>283</sup>

Por fim, deve ser destacado que, mesmo caracterizando-se como Cortes de Precedentes, o princípio da legalidade impede que as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento dos recursos excepcionais, sejam dotadas de eficácia *erga omnes*, quer seja em relação ao particular, quer em relação à Administração Pública. Tal assertiva foi ratificada no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação n. 4.335.

Em síntese, quando do julgamento da referida Reclamação, a tese inicialmente defendida pelo Ministro Gilmar Mendes e posteriormente encampada pelo Ministro Eros Roberto Grau, segundo a qual o artigo 52, X, da Constituição da República teria sofrido mutação constitucional, de modo a não ser mais necessária a edição de Resolução pelo Senado Federal com o objetivo de conferir eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo em sede de controle difuso, não prevaleceu.

Isto é, a Corte, em sede de decisão final, entendeu que não há falar em abstrativização (ou objetivação) do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. É fundamental a edição de Resolução para que aquela decisão vincule para além dos muros do Judiciário.

---

<sup>283</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 309.

Tal decisão demonstra que, ainda que sejam considerados como Cortes de precedentes, é necessário ato normativo dotado de generalidade e abstração a fim de conferir eficácia vinculante aos seus pronunciamentos, pois, do contrário, a vinculação limitar-se-ia aos órgãos do Poder Judiciário.

Ademais, a forma encontrada pelo Constituinte Derivado para conferir eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade foi a instituição da súmula vinculante, a qual expressamente também vincula a Administração Pública. Imaginar que as decisões do Supremo nessa seara vinculariam a Administração Pública tornaria absolutamente dispensável a edição de súmulas vinculantes.

### **3.3.3.1 A natureza dos precedentes vinculantes**

Uma vez verificado que o sistema jurídico brasileiro posiciona os tribunais que ocupam a posição de vértice no sistema judiciário, a exemplo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como Cortes Supremas, ou seja, cujos precedentes devem servir de paradigma de julgamento dos casos futuros, cumpre indagar quais seriam as espécies de pronunciamentos que efetivamente estão aptos a produzir eficácia vinculante no âmbito do Poder Judiciário.

Sobre o tema, Rodolfo de Camargo Mancuso faz interessante escalonamento em relação à jurisprudência dos Tribunais Superiores: (i) em um primeiro patamar, estariam certos acórdãos que passam a ser invocados como reforço de teses jurídicas, mesmo que minoritários ou isolados, e atuariam como marcos regulatórios de certas questões; (ii) em um segundo estágio, estariam os acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal em sede de julgamentos de recursos especiais e extraordinários repetitivos, respectivamente, bem como aquelas decisões oriundas do plenário do Supremo Tribunal Federal em temas de largos espectro social, político, econômico ou jurídico e os acórdãos proferidos em Questões de Ordem, pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais Superiores com aptidão para figurarem como *leading case*; estariam ainda nesse patamar as decisões derivadas do incidente de assunção de competência; (iii) no terceiro estágio, estariam os acórdãos repetidos durante uma duração razoável de tempo de modo a dar sentido à palavra

jurisprudência; (iv) no patamar seguinte seria encontrada a chamada jurisprudência dominante, pois aplicada a um relevante número de casos de modo a dar ensejo à repercussão na esfera processual, a exemplo de possibilitar a ampliação dos poderes do relator; (v) no penúltimo degrau encontram-se as súmulas simples (ou persuasivas); (vi) por fim, no último degrau, estão as súmulas vinculantes.<sup>284</sup>

No âmago da questão, é de se perceber que o autor se valeu de critérios relativos à natureza da decisão proferida e ao órgão jurisdicional que a proferiu, todavia tal categorização não se presta a definir quais os precedentes, de fato, teriam eficácia vinculante.

A nosso sentir, quando o sistema jurídico nacional posiciona o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas nas suas respectivas áreas de atuação (em matéria constitucional e em matéria de legislação federal, respectivamente), está querendo afirmar que somente as decisões que reflitam ser o posicionamento daquelas Cortes possam ser tidas como precedentes vinculantes. Aqueles formados de modo definitivo. Não definitividade sob a ótica da insuperabilidade, mas sim sob o enfoque de ser o último pronunciamento da Corte de Precedentes.

Em outras palavras, órgãos fracionários, a exemplo das Turmas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por não figurarem como órgãos compostos por membros que retratem a maioria do Tribunal, não poderá produzir precedentes judiciais. O mesmo deve ser dito em relação às decisões monocráticas do Relator.

Dessa maneira, relativamente ao Supremo Tribunal Federal, nos parece que apenas as decisões oriundas do seu plenário teriam o condão de tornarem-se precedentes com eficácia vinculante, enquanto que em relação ao Superior Tribunal de Justiça, seriam aquelas decisões oriundas as Seções e, igualmente, do Pleno teriam essa aptidão.

Assim, sob a nossa ótica, o critério a ser utilizado para aferir se determinado precedente possui ou não é eficácia vinculante é o subjetivo, na medida em que somente

---

<sup>284</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, págs. 135/136.

após identificação da origem do pronunciamento judicial (qual o órgão do tribunal que a proferiu) é que se poderá identificar se aquele órgão prolator representa a Corte Suprema.

Sobre essa temática, é importante observar o art. 2º, parágrafo único, do Ato Regimental da Advocacia-Geral da União (AGU), de 1997, que apresenta o conceito de jurisprudência iterativa para fins de observância pelos membros da carreira nos termos do art. 4º da Lei n. 9.469/97, na seguinte dicção:

As decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, ou dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou da lei federal, em matérias da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Como se observa, a Advocacia-Geral da União privilegiou, no caso dos Tribunais Superiores em geral, as decisões oriundas dos Órgãos Especiais ou das Seções, deixando de fora da eficácia vinculante as Turmas, por exemplo. Já em relação ao Supremo Tribunal Federal, como são apenas duas Turmas e o Tribunal Pleno, o entendimento da AGU contemplou todos os órgãos da Corte Suprema.

Além da origem do órgão, é interessante notar que o referido dispositivo dispensou a unanimidade na decisão que passou a ser reiterada pelo Tribunal Superior ou pelo Supremo, podendo ser tomada por maioria, desde que seja observada de modo repetitivo pela Corte.

Observada a presença dessas circunstâncias, o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos, tal como dispõe o art. 4º da Lei n. 9.469/97:

Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

### 3.4 Precedentes judiciais e as fontes do direito

A palavra “fonte”, relacionando-se à eficácia normativa, não é unívoca, vez que comporta ao menos duas acepções. Conforme destaca Rodolfo de Camargo Mancuso, fonte pode ser atrelada ao Direito Positivo, oportunidade em que se relaciona com as fontes formais do direito: Constituição, leis, decretos etc., ou relacionadas aos insumos subjacentes à norma, que seriam as fontes substanciais: as necessidades, os valores e exigências emergentes da vida em sociedade.<sup>285</sup>

Para o presente estudo, fontes do direito devem ser entendidas na sua acepção formal, ou seja, no sentido de regras positivadas que servem para regular a vida em sociedade com eficácia *erga omnes* e imperativa, tendo em vista o objetivo de verificar a possibilidade de enquadramento dos precedentes judiciais nessa seara.

Na tradição jurídica do *common law*, pode-se afirmar com certa tranquilidade que os precedentes judiciais encontram-se inseridos no rol de atos normativos considerados fontes do direito. Nos países adeptos do sistema do *civil law* tal afirmação não pode ser feita da mesma forma.

De fato, considerando que as fontes do direito são os atos jurídicos que possuem força normativa máxima no sentido de possuir eficácia geral e abstrata em relação a todos, tenham ou não participado do procedimento de sua formação, o enquadramento dos precedentes judiciais nessa categoria, no sistema do *civil law*, não visto com tanta naturalidade tal como o é no sistema do *common law*.

Há, inclusive, dissenso doutrinário sobre o tema. Cândido Rangel Dinamarco, por exemplo, entende que a jurisprudência não pode ser tida como fonte do direito:

*“Jurisprudência não é fonte de direito, tanto quanto juiz não é legislador e jurisdição não é atividade criativa de direitos (...) A afirmação da jurisprudência como fonte do direito incorre, inicialmente, num desvio de perspectiva e mesmo de conceitos. Ela o seria se fosse portadora de normas gerais e abstratas com eficácia em relação aos casos futuros, atribuindo bens ou determinadas condutas e sendo vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que viessem a julgar a respeito das situações ali previstas.”<sup>286</sup> – os*

<sup>285</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

<sup>286</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo:

destaques são originais.

De maneira diversa entende José Maria Rosa Tesheiner:

Do ponto de vista sociológico, é certo que a jurisprudência é fonte de direito. Seria fácil apontar normas gerais que dela emergiram, ainda que contra lei. A negação à jurisprudência, do caráter de fonte de direito, tem evidente cunho ideológico. A negação à jurisprudência, do caráter de fonte de direito, tem evidente cunho ideológico. Nega-se a produção de direito pelos tribunais a fim de que eles não sejam tentados a produzi-lo. [...] Há pois que se admitir a jurisprudência como fonte de direito. Introduce-se, assim, uma certa desordem no ordenamento jurídico, que de ser de ser monolítico. Ressalte-se, porém, que uma ordem perfeita e absoluta não passa de um sonho, ou melhor, de um pesadelo tecnocrático, tendo mais a ver com os delírios das ideias do que com as realidades da vida.<sup>287</sup>

Relativamente ao sistema jurídico brasileiro, comungamos do mesmo pensamento de Tesheiner com o acréscimo no sentido de que, a fim de manter a integridade do sistema, assegurar a concretização do princípio da isonomia e garantir a segurança jurídica aos jurisdicionados, é salutar a observância dos precedentes judiciais pelos órgãos do Poder Judiciário.

Todavia, em decorrência do primado da lei consagrado como direito fundamento nos termos do artigo 5º, II, da Constituição da República de 1988, os precedentes judiciais não possuem o condão de vincular com eficácia geral e abstrata – tal como o são as leis – se não houver ato normativo, de índole constitucional ou legal, que imponha nesse sentido.

Isto é, ainda que se admitam os precedentes judiciais como fontes do direito no sistema brasileiro, esse enquadramento não pode se dar de forma automática: é imprescindível a existência de ato normativo formal que preveja a observância obrigatória dos precedentes judiciais pelos indivíduos em geral

Assim, em que pese haja dissenso na doutrina, pensamos que, ainda que possa ser admitida eventual interconexão entre ambos os sistemas jurídicos, na tradição jurídica do *civil law* brasileiro ainda persiste a supremacia do Parlamento, segundo a qual são os seus atos que regulam a vida em sociedade e, nessa condição, poderia retirar

---

Malheiros Editores, 2009, tomo I, p. 84.

<sup>287</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. **Poder Judiciário**. *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 51, 1991, p. 154.

ou imprimir a força vinculante aos precedentes judiciais por meio dos seus atos normativos.

Corroboram essa nossa compreensão as normas extraídas do artigo 103-A, ao tratar da súmula vinculante, e do §2º do artigo 102, ao regular a eficácia das decisões em controle concentrado, ambos da Constituição de 1988. Nos dois casos há disposição expressa quanto à eficácia vinculante *erga omnes* tanto das súmulas vinculantes quanto das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual a atuação jurisdicional nessas situações possui, inegavelmente, feição de fonte primária de direito. Ora, se já se presumisse de forma automática a vinculatividade dos precedentes judiciais em todo e qualquer caso, seria despidendo o tratamento dado pelo Poder Constituinte derivado nesses casos.

Posicionamento diverso, porém, foi aquele adotado pelo legislador no artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015. Naquele enunciado normativo consta textualmente que os precedentes listados naquele rol vinculam **apenas** os órgãos do Poder Judiciário. Ou seja, os referidos precedentes judiciais não se prestam a regular a vida em sociedade, não possuem eficácia geral e abstrata para fora dos muros dos processos judiciais.

O que se observa desses exemplos práticos é que a tradição jurídica brasileira não prescinde de ato normativo formal (de envergadura constitucional ou legal) a conferir o conteúdo e o alcance dos precedentes judiciais.

Em outro dizer, nos sistemas jurídicos adeptos do *civil law* como o Brasil, como regra, os precedentes judiciais não possuem eficácia geral e abstrata de modo a obrigar as pessoas que estiverem longe dos muros do Judiciário, salvo se houver disposição normativa plasmada em lei ou no texto constitucional que disponha nesse sentido. Não é possível, pois, pensar em vinculação automática dos precedentes judiciais para além dos órgãos do Poder Judiciário.

### **3.5 O direito brasileiro transformou-se no *common law*?**

A tradição jurídica brasileira, mesmo após a edição do Código de Processo Civil de 2015, não está se transformando (nem se transformou) no sistema jurídico do

*civil law*. Também, não está se criando um sistema do *common law* à brasileira. É importante que se evidenciem desde logo tais assertivas.

Com efeito, é inafastável a constatação no sentido de que o sistema do *common law* privilegiou o precedente judicial como fonte principal do direito, ao passo que a tradição jurídica do *civil law* o fez em relação à lei formal (atos do parlamento), mas tais diferenças não são suficientes para se pretender o afastamento, ao menos não de forma intangível, de um sistema em relação ao outro.<sup>288</sup>

É que a intensa evolução de uma e de outra tradição jurídica ao longo dos últimos anos reduziram de tal forma a tensão inicial, de modo que não é mais possível falar-se em incompatibilidade abissal entre ambos os sistemas jurídicos.<sup>289</sup>

Sobre o tema, Lênio Streck e Georges Abboud destacam que já no seu nascedouro ambas as tradições jurídicas possuíam pontos de interconexão:

Ao contrário do que possa transcrever, desde os seus primórdios, as duas tradições jurídicas não estavam totalmente alheias às recíprocas influências. Por exemplo, o próprio Montesquieu ressalta ter extraído sua percepção acerca da divisão de poderes a partir da constituição inglesa. Do mesmo modo, os práticos ingleses que trabalhavam perante o tribunal da *equity*, *eclesiásticos*, e o *tribunal almirantazgo*, formaram uma corporação (*Doctor's Commons*), que funcionou no final do século XV até a primeira metade do século XIX. Esses práticos eram denominados *civilians*, em oposição aos *common lawyers*, que trabalhavam perante os tribunais do *common law* propriamente dito. Os *civilians* ingleses conheciam profundamente o direito continental e, juntamente com os juristas escoceses, foram os mediadores entre ele e o direito inglês.<sup>290</sup>

Além disso, relevante observação quanto a esta aproximação é o fato de que a existência de leis não é exclusividade do *civil law* e o respeito obrigatório aos precedentes, de igual forma, não é exclusividade do *common law*, além do que a forma de argumentação e o raciocínio jurídico são assemelhados em ambos os sistemas.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 16.

<sup>289</sup> ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Edições JusPodivm, 2015, p. 107.

<sup>290</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 28.

<sup>291</sup> KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 80.

E a aproximação dos sistemas no que se refere ao volume da produção legislativa pode ser comprovada de forma empírica. Com efeito, Marinoni destaca que nos Estados Unidos, país que foi colonizado pela Inglaterra e que, portanto, adotou o *common law* como sistema jurídico, há vários Estados que possuem mais leis que determinados países adeptos do sistema do *civil law*.<sup>292</sup>

Nessa mesma ordem de ideias, Lênio Streck e Georges Abboud destacam que “*não é correto apresentar o common law tão somente como um direito não codificado de base tipicamente jurisprudencial. Em verdade, boa parte das regras de direito que se aplicam todos os dias na Inglaterra e nos Estados Unidos são regras sancionadas pelo Legislativo ou pelo Executivo*”<sup>293</sup>.

Outro importante fator de aproximação dessas tradições jurídicas ocidentais é o fato de que, historicamente, a atividade interpretativa do juiz vai desde a determinação prévia – período que cabia ao juiz apenas declarar o que a lei já previamente estabelecera, inexistindo qualquer manifestação criativa (teoria cognitivista da interpretação) – até a indeterminação do direito – quando a interpretação é vista como necessária e vital para a reconstrução da ordem jurídica vigente -, oportunidade em que há um entrelaçamento entre as tradições jurídicas (*commom e civil law*) a partir da teoria da interpretação.<sup>294</sup>

Com efeito, atualmente, nos países do *civil law*, a exemplo do Brasil, é impensável o exercício da jurisdição sem que seja dado aos juízes o poder de interpretar a regra para, então, extrair dela a norma. Nos países do *common law*, em que pese ainda haja posições doutrinárias no sentido de que a teoria declaratória deve prevalecer, é indene de dúvidas que o julgamento feito pelos magistrados demanda atividade interpretativa.

Nessa seara de exame de aproximação dos sistemas tendo por base o poder de

---

<sup>292</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 11/12.

<sup>293</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 29.

<sup>294</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 65.

interpretação conferido aos juízes, Mitidiero<sup>295</sup> faz interessante observação:

O deslocamento da interpretação da periferia para o centro da teoria do direito – do último capítulo do livro de Kelsen para o primeiro do livro de Tarello – aproximou de forma muito estreita as tradições jurídicas, impondo para ambas não apenas a prioridade de um compreensão dinâmica da ordem jurídica, mas também a necessidade de uma metodologia analítica capaz de viabilizar o controle intersubjetivo das razões invocadas no momento da interpretação como uma questão crucial para a promoção da tutela dos direitos. Se a norma jurídica é o resultado da interpretação por força da indeterminação da linguagem jurídica, então é imprescindível dar atenção não apenas aos textos dotados de autoridade legislativa, mas também à atividade com que se outorga judicialmente sentido a esses textos.<sup>296</sup>

Ademais, o princípio da igualdade no sentido material, segundo o qual as situações iguais devem ser tratadas com igualdade e as desiguais com desigualdade, é uma máxima buscada tanto na família do *civil law* quanto na família do *common law*.<sup>297</sup> Isto é, ao lado da segurança jurídica e da tutela das liberdades, o princípio da isonomia é um fim buscado por ambos sistemas.

De outra banda, conforme ensina Marinoni, a decisão judicial deve ser encarada como resultado de um sistema e nunca um ato isolado construído de forma individualizada por uma pessoa física investida da jurisdição, fazendo prevalecer a sua vontade em face de todo o sistema.<sup>298</sup> É dizer, ao enquadrar a sua decisão num contexto sistemático, o juiz deve ter em mente que ela não pode ser proferida de forma dissociada do que já decidira os seus pares, salvo se o caso concreto for diverso ou a evolução da sociedade permitira tornar obsoleto aquele posicionamento judicial anterior. Ou seja, assim como nos países do *common law*, nos países adeptos do *civil law*, as decisões anteriores (precedentes), por fazerem parte de um sistema, devem ser observadas nos julgamentos futuros.

---

<sup>295</sup> Daniel Mitidiero indica os principais teóricos defensores da necessidade de os juízes interpretarem as regras, a saber: Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*, 1934), Herbert Hart (*The Concept of Law*, 1961), Giovanni Tarello (*L'Interpretazione della Legge*, 1980) e Neil MacCormick e Robert Summers (coletâneas *Interpreting Statutes*, 1991, e *Interpreting Precedents*, 1997). In: MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 59.

<sup>296</sup> MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 73.

<sup>297</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 53.

<sup>298</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 53.

Nessa ordem de ideias, citando René David, Jorge Amaury Nunes destaca a aproximação de ambas as tradições jurídicas nos seguintes termos:

É certo, esses dois sistemas jurídicos, que em passado não muito remoto guardavam diferenças marcantes, hoje estão a aproximar-se. René David, em obra clássica sobre direito comparado, reconhecendo essa tendência afirma que “projeta-se, assim, um movimento de aproximação entre o direito inglês e o direito do continente europeu; este movimento é estimulado pelas necessidades do comércio internacional e favorecido por uma mais nítida consciência das afinidades que existem entre os países europeus ligados a certos valores da civilização ocidental”.<sup>299</sup>

De tudo isso, não é o fato de os precedentes judiciais com eficácia vinculante possuírem suas raízes fincadas no sistema do *common law* que a tradição do *civil law* não os possa utilizá-los como fontes normativas e com igual caráter vinculante, de observância obrigatória. Isto porque, os fundamentos que ensejam a aplicação dos precedentes aos casos semelhantes são os mesmos em ambos os sistemas, consoante será estudado no item próximo.

Nessa ordem de ideias, por mais que hajam interconexões entre o sistema jurídico brasileiro, adepto da tradição do *civil law*, e o sistema do *common law* a partir da inserção dos precedentes judiciais como paradigmas a serem observados pelos órgãos do Poder Judiciário e, em situações excepcionais, pela Administração Pública<sup>300</sup>, a lei ainda se apresenta como o principal vetor da regulação da sociedade brasileira, sobretudo diante do quanto expresso no artigo 5º, II, da Constituição da República.

Desse modo, em que pese a assunção da posição de relevo assumida pelos precedentes judiciais no âmbito do direito brasileiro, não há falar-se em conversão da tradição jurídica brasileira no sistema do *common law*, pois, até mesmo por expressa disposição constitucional, é a lei o principal vetor de condução da vida social, além de a vinculação aos precedentes nos países adeptos daquela tradição jurídica ter se formado ao longo de séculos – conforme visto anteriormente -, o que não é o caso brasileiro.

---

<sup>299</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Editoria Saraiva, 2010, p. 105.

<sup>300</sup> Será examinado mais adiante que já há, atualmente, a imposição de forma obrigatória à Administração Pública dos precedentes judiciais emanados do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e, após julgamentos reiterados, converterem-se em súmulas vinculantes aprovadas por um terço dos seus membros, nos termos do artigo 103-A da Constituição da República.

### 3.6 Conclusão parcial

Verificou-se que, quando da prolação das decisões judiciais, os órgãos jurisdicionais devem agir de modo a manter a integridade do sistema jurídico e com ele ser coerente, além de observar o princípio da segurança jurídica e o da isonomia.

Observou-se que a segurança jurídica é um dos pilares de todo sistema jurídico, a qual é alcançada na tradição do *common law* por meio da sistemática dos precedentes judiciais, ao tempo em que no sistema do *civil law* a previsibilidade e a segurança jurídica advêm de impositivos legais, que permitem aos destinatários da norma saberem antecipadamente o seu conteúdo.

Além disso, considerando que a aplicação da lei pelo juiz comporta diversas interpretações e é por meio delas que o direito é revelado, os julgamentos feitos pelo judiciário devem ser uniformes e coerentes, de modo a permitir ao jurisdicionado a prévia ciência da solução para o seu conflito.

Concluiu-se também que a coerência e a isonomia são interligadas no que se refere à aplicação dos precedentes, no sentido de que os pronunciamentos judiciais devem ser coerentes entre si de modo a evitar que situações idênticas recebam tratamentos distintos de justificativa razoável, o que acabaria por violar o princípio da isonomia.

Por fim, quanto à integridade, constatou-se que a decisão judicial, por ser dotada de eficácia normativa, encontra-se inserida dentro de um dado sistema jurídico, devendo a ele vincular-se de forma de não deixá-lo íntegro, isto é, “a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra as arbitrariedades interpretativas”<sup>301</sup>.

Relativamente às fases de aplicação dos precedentes, verificou-se que, no sistema do *common law*, existiram três bens definidas: ilustrativa, persuasiva e vinculante, o que permitiu a sua variação eficaz ao longo do tempo indo desde a mera ilustração para o caso concreto até possuir força vinculante de modo a ser,

---

<sup>301</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 118

necessariamente, no julgamento dos casos futuros.

O que merece destaque dessa evolução é que, em que pese os precedentes judiciais tivessem passado a repercutir no ordenamento jurídico inglês a partir do século XI, o seu efeito vinculante somente veio a ser estabelecido no século XIX. Em outro dizer, em pese presente na tradição jurídica do *common law* inglês, os precedentes judiciais levaram oitocentos anos (do século XI ao XIX) para assumir feição vinculativa.

Foi necessário fazer tal digressão histórica a fim de apresentar a origem da distinção da eficácia do presente judicial quando comparado com o sistema do *civil law*. É que, nessa tradição jurídica, concluiu-se que a eficácia vinculante dos precedentes não advém de longa tradição em sua aplicação, mas sim de imposição normativa expressa, seja constitucional ou legal.

Verificou-se também que, para se encontrar a definição dos precedentes, é necessário o exame dos institutos do *stare decisis*, da *ratio decidendi*, e do *obter dictum*.

Relativamente ao *stare decisis*, concluiu-se que se refere “aos princípios e às regras que orientam o uso dos precedentes e seu status de autoridade vinculante (*binding precedents*)”<sup>302</sup>, isto é, foi o meio encontrado pela doutrina inglesa de justificar e ratificar a eficácia vinculante, no âmbito vertical e horizontal, dos precedentes judiciais no sistema do *common law*, teoria esta que somente foi consolidada, na Inglaterra, no apagar das luzes do século XIX.

Quanto à *ratio decidendi*, constatou-se que se trata da porção da decisão judicial que propõe a virar precedente que corresponde às suas razões de decidir ou, melhor dizendo, seriam “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”<sup>303</sup>.

A seu turno, a *obter dictum* seriam as questões levantadas no pronunciamento

---

<sup>302</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 39.

<sup>303</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 442.

jurisdicional, mas cujo conteúdo, naquele caso concreto, não se apresenta como fundamento da decisão, tratando-se apenas de argumentos colaterais por meio dos quais podem-se alcançar as razões principais.

Estudou-se também que, pelos institutos da superação (*overruling*) e da distinção (*distinguishing*), os precedentes judiciais dotados de eficácia vinculante poderiam deixar de ser aplicados, seja no sistema do *common law*, seja na tradição do *civil law*.

Quanto ao *distinguishing*, os precedentes judiciais não seriam aplicados aos casos futuros quando fosse demonstrado que os fatos sob julgamento seriam diversos daqueles com base nos quais o precedente paradigma foi formado.

Já em relação ao *overruling*, o precedente vinculante deixaria de ser aplicado quando se demonstrasse que ele se tornou obsoleto em face da evolução do direito e da própria sociedade, não se prestando mais a resolver os casos futuros.

Estudamos também as diferenças conceituais entre o precedente, a jurisprudência e as súmulas, oportunidade em que concluímos que: enquanto a jurisprudência, na sua acepção mais técnica, reflete o posicionamento uniforme e reiterado do tribunal, os precedentes judiciais não surgem em observância à reiteração de julgamentos, mas a partir do julgamento de um determinado caso concreto que passa a ser seguido nos julgamentos posteriores a fim de conferir a casos iguais tratamento idênticos. Já as súmulas, a seu turno, são os enunciados normativos que refletem a fundamentação utilizada pelo tribunal para solucionar determinados casos idênticos que foram decididos no mesmo sentido de forma reiterada.

Volvendo-se à formação brasileira dos precedentes, verificamos que, nessa seara, o direito brasileiro foi diretamente influenciado pelo direito português, onde vigoraram os institutos dos assentos e dos estilos da corte, que correspondiam a pronunciamentos judiciais com eficácia vinculante.

Inspirado nessa tradição, verificou-se que desde o final do século XIX, com a edição do Decreto n. 2.684/1875, já se passou a admitir no direito brasileiro a existência de precedentes judiciais com eficácia vinculante, disposições estas que foram repetidas em diversos atos normativos superiores, alguns até com envergadura constitucional,

razão pela qual não é novidade alguma no nosso sistema jurídica a outorga de eficácia vinculante aos precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015.

Acerca do Código de Processo de 2015, foi verificado que a sua edição se deu não com o propósito de instituir o sistema de precedentes obrigatórios, mas sim de estruturá-lo.

Verificou-se que, naquele Diploma Normativo, são os seguintes os precedentes erigidos à condição de observância obrigatória (art. 927): (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência; (iv) os acórdãos proferidos em se de julgamentos de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR - e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos); (v) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (vi) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Na sequência foi estudado o papel do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na formação dos precedentes judiciais.

Nessa seara, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal deve ser pensado como corte que profere a última palavra em matéria constitucional, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça deve ser encarado como o tribunal responsável para ditar a interpretação acerca da legislação infraconstitucional federal, sendo que tanto em um quanto em outro caso os seus precedentes devem possuir eficácia vinculante para todo o sistema jurisdicional.

Advertiu-se, porém, que, em pese possa se pensar na postura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas (ou Cortes de Precedentes), a vinculação de suas decisões não pode transpor os muros do Poder Judiciário enquanto não houver ato normativo formal que assim o preveja, tal como ocorreu com a súmula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição de 1988.

Ademais, concluiu-se que somente poderiam ter o condão de formar precedentes as decisões que refletissem a posição da Tribunal, ou seja, órgãos

fracionários, a exemplo das Turmas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por não figurarem como órgãos compostos por membros que retratem a maioria do Tribunal, não poderá produzir precedentes judiciais.

Na sequência, estudou-se os precedentes judiciais em contraposição às fontes do direito, quando se constatou-se que, em que pese sejam admitidas a sua vinculação em relação aos órgãos do Judiciário, a produção de eficácia *erga omnes* somente poderia advir de expressa previsão legal, pois na tradição jurídica do *civil law* brasileiro ainda persiste a supremacia do Parlamento, segundo a qual são os seus atos que regulam a vida em sociedade e, nessa condição, poderia retirar ou imprimir a força vinculante aos precedentes judiciais por meio dos seus atos normativos.

Ao final, ao analisar a atual realidade dos precedentes brasileiros em contraposição ao sistema do *common law*, concluiu-se que, em que pese a assunção da posição de relevo assumida pelos precedentes judiciais no âmbito do direito brasileiro, não há falar-se em conversão da tradição jurídica brasileira no sistema do *common law*, pois, até mesmo por expressa disposição constitucional, é a lei o principal vetor de condução da vida social, além de a vinculação aos precedentes nos países adeptos daquela tradição jurídica ter se formado ao longo de séculos, o que não é o caso brasileiro.



#### **4. A POSTURA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO BRASILEIRO DIANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS**

No direito brasileiro, por ser adepto do sistema do *civil law*, a lei, enquanto ato oriundo do parlamento, é a principal fonte de direito. Isto é, entre nós, é a lei que dita os direitos e obrigações dos indivíduos que compõem a sociedade brasileira. Contemporaneamente, inclusive, a supremacia da lei está plasmada na Constituição da República de 1988, ao dispor no inciso II do artigo 5º que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Todavia, diversas iniciativas, algumas oriundas do próprio Congresso Nacional, vêm sendo inseridas no sistema jurídico brasileiro com o intuito de aproximar certos pronunciamentos judiciais à eficácia normativa dos atos oriundos do parlamento (leis no sentido formal), a exemplo do próprio Código de Processo Civil de 2015. Ou seja, algumas leis – às vezes até mesmo algumas emendas constitucionais - selecionaram determinados atos judiciais (decisões, precedentes ou jurisprudência uniforme) para conferir-lhes eficácia vinculante.

Mas em que medida aqueles pronunciamentos judiciais possuem força normativa extramuros do Judiciário a ponto de vincular a Administração Pública na condução dos seus atos? Em outro dizer, o Administrador Público teria liberdade para agir mesmo que essa ação fosse contrária ao posicionamento firmado por alguma Corte de Vértice ou mesmo nas hipóteses do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015?

A partir de todo o estudo pretérito e do exame das questões peculiares que circundam o caso, buscar-se-á no presente capítulo dar a solução mais adequada para tal problemática.

Assim, o objetivo do presente capítulo é examinar em que medida o Administrador Público brasileiro está obrigado a observar os pronunciamentos judiciais classificados como precedentes judiciais.

Isto é, considerando toda a transformação pelo que passou a Administração Pública, o conteúdo do princípio da legalidade administrativa e o controle judicial do Estado-administração, temas estes estudados anteriormente, o objetivo do presente capítulo é investigar quais os reflexos dos precedentes judiciais na formação das opções

administrativas.

#### **4.1 Limitadores da vinculação do administrador público aos precedentes**

Buscar-se-á no presente tópico levantar os principais limitadores, sob a nossa ótica, da vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, levando-se em consideração o sistema jurídico vigente e a tradição à qual o direito brasileiro é vinculado, o *civil law*.

##### **4.1.1 A limitação formal do princípio da separação de Poderes**

O primeiro limitador a ser estudado que se relaciona com a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais seria eventual violação ao princípio da separação de Poderes. Isto é, impor à Administração Pública a obrigatoriedade de observar os precedentes judiciais nas suas condutas acabaria por violar a separação entre os Poderes? O problema não é de fácil solução.

De início, como bem destaca Fábio Lima Quintas, o princípio da separação de Poderes poderia ser identificado já no século XII no sistema do *common law* inglês, ao prever a impossibilidade de elaborador e aplicador da norma serem representados na mesma pessoa, mas “pode-se dizer que o princípio da separação de Poderes apenas obteve formulação autônoma com Montesquieu, que se preocupava com a prevenção do absolutismo”<sup>304</sup>, durante a Revolução Francesa no século XVIII.

Todavia, foi no constitucionalismo norte-americano que a separação dos Poderes encontrou o seu ponto de equilíbrio por meio do sistema identificado como “*checks and balances*” (ou freios e contrapesos), segundo o qual nenhum Poder era absoluto e, em razão disso, seria necessária a previsão de hipóteses de atuação de um Poder na atividade do outro.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, págs. 38/39.

<sup>305</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 45.

O Texto Constitucional brasileiro de 1988, em que pese tenha consagrado de forma expressa a independência entre os Poderes no seu artigo 2º<sup>306</sup>, que é o cerne do princípio da separação dos Poderes, é permeado por dispositivos que retratam a vigência do sistema de freios e contrapesos em nosso sistema (exercício do controle de um Poder sobre o outro). Nessa seara, com arrimo nos ensinamentos de Fábio Lima Quintas, podem ser citados alguns exemplos:

O Poder Legislativo interfere na função executiva, por exemplo, quando fiscaliza a administração financeira e a execução do orçamento (com auxílio do TCU); o Poder Legislativo interfere na função jurisdicional quando julga o Presidente e o Vice-Presidente da República e o Ministro do Supremo Tribunal Federal por crimes de responsabilidade; o Poder Executivo interfere na função legislativa quando evita Medidas Provisórias ou exerce o poder de veto, ou na função judicial quando indulta ou comuta pena; o Poder Judiciário interfere na função legislativa quando tem a iniciativa legislativa para dispor sobre o Estatuto da Magistratura, ou na função administrativa quando não permite que o Presidente da República conceda a extradição.<sup>307</sup>

O que se evidencia, assim, é que a Constituição da República de 1988 curvou-se ao constitucionalismo norte-americano e previu diversas hipóteses em que um Poder teria interferência sobre o outro. Em acréscimo, Fábio Lima Quintas observa ainda que o modelo jurídico brasileiro, ao conferir ao Judiciário a função política de exercer o controle de constitucionalidade das leis, foi além do modelo idealizado por Montesquieu.<sup>308</sup>

Ante tal cenário normativo, o que há de ser indagado é se a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo por meio dos precedentes judiciais obrigatórios – no sistema jurídico brasileiro - acarretaria a violação ao princípio em tela, bem como se seria necessária disposição constitucional expressa nesse sentido, como condição para a existência dessa vinculação.

Relativamente à primeira pergunta, nos parece que a resposta negativa se impõe. Isto porque, considerando o sistema normativo brasileiro vigente, a interferência

---

<sup>306</sup> Constituição da República, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>307</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 55.

<sup>308</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 60.

de um Poder no outro é inerente ao modelo de separação de Poderes aqui adotado. É dizer, a interferência recíproca entre os Poderes, em vez de contrariar tal princípio, o ratifica, levando-se em consideração o modelo previsto constitucionalmente. Nesse mesmo sentido é o pensamento de Quintas:

Do ponto de vista estritamente jurídico, pode-se dizer, em linhas gerais, que o princípio constitucional da separação de Poderes enuncia a regra de que cada um dos Poderes é independente, em princípio, nos seus processos decisórios, mas se acha sujeito à interferência dos outros Poderes nas situações expressamente previstas no texto constitucional.<sup>309</sup>

Sobre o tema, a fim de demonstrar que não há falar-se em tal violação, calha trazer à colação o excerto do acórdão no REsp 959.395/RS, Rel. Min. Herman Benjamin: “O princípio da separação dos poderes não é mote – nem pode ser transformado em tal – para o esvaziamento da função judicial de controle da Administração Pública, sobretudo quando estiverem em jogo a vida e a segurança das pessoas”.

Com efeito, no dizer de Eduardo Jordão:

Fundamentalmente, é preciso compreender que não há, *necessariamente*, no estabelecimento de um controle intenso um comprometimento da separação dos Poderes. Esta visão decorre de uma compreensão superficial e pueril desta teoria. Em lugar nenhum sua adoção significou a perfeita e imaculada fragmentação dos Poderes do Estado, nem a atribuição das atividades típicas de cada Poder exclusivamente a ele. Não é nada raro nem surpreendente que os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário detenham competências executivas e administrativas próprias. Tudo isto é totalmente corrente e natural na aplicação *prática e concreta* do princípio da Separação dos Poderes. E, se é assim, também não haveria por que supor que a aplicação de um controle não deferente por parte dos tribunais causasse *necessariamente* uma intromissão indevida nos afazeres da administração pública, ainda que admitindo que o controle judicial não deferente tenha este efeito.<sup>310</sup>

E continua:

Em particular, note-se que o controle mútuo dos Poderes é uma faceta bastante usual da maioria das formulações da teoria da Separação dos Poderes. Na pena clássica e conhecida do próprio Barão de

---

<sup>309</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 55.

<sup>310</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 622;

Montesquieu, é preciso que, pela disposição das coisas, ‘o poder contenha o poder’. Dito de outro modo: não só o controle judicial da administração pública não é *vetado* pela teoria da separação dos Poderes, como ele é, mesmo, incentivado na sua formulação mais conhecida.<sup>311</sup>

Desse modo, evidencia-se que a interferência do Poder Judiciário em determinados atos do Poder Executivo por meio do controle a ser exercido em abstrato a partir dos precedentes judiciais não se apresentaria como violação ao princípio da separação dos Poderes, vez que tal interferência é ínsita à tal arranjo institucional.

De outra banda, a indagação acerca da necessidade de haver expressa previsão no Texto Constitucional a contemplar a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais merece uma análise mais parcimoniosa. Isto é, em que pese não haver violação à separação dos Poderes, a interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo por meio dos precedentes somente estaria legitimada se constasse expressamente no texto da Constituição ou bastaria uma lei infraconstitucional a tratar da matéria?

Dito de outra forma, sendo o Brasil uma nação adepta do sistema jurídico do *civil law*, em que vigora de forma quase que inflexível a supremacia do Parlamento, o ato normativo hábil a impor a observância dos precedentes judiciais necessariamente deveria possuir envergadura constitucional ou bastaria uma lei no sentido estrito?

Ao lado dos direitos fundamentais e do pacto federativo, a separação dos Poderes compõe o núcleo duro sem o qual não há falar-se em Constituição. Tais institutos, inclusive, foram erigidos ao status de cláusulas pétreas no direito brasileiro, vez que, de acordo como §4º do artigo 60 da Constituição de 1988, sobre tais temas não poderá sequer haver deliberação em sede de proposta de emenda que pretendam abolir os do nosso sistema jurídico.

De saída, destaque-se que a instituição da observância de forma obrigatória dos precedentes judiciais pela Administração Pública, a nosso sentir, não poderia ser enquadrada como “abolição” da separação dos Poderes. Isto porque, tratar-se-ia apenas de ingerência de um Poder (o Judiciário) sobre o outro (o Executivo), o que é

---

<sup>311</sup> JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, p. 623;

perfeitamente possível em face do Texto Constitucional vigente - que prevê o sistema de freios e contrapesos -, situação que em nada se assemelha com a “abolição” da separação dos Poderes.

Dessa forma, eventual deliberação do legislador ou do Poder Constituinte Derivado que venha a tratar da matéria relativa à vinculação da Administração Pública aos precedentes emanados do Poder Judiciário não poderia ser tratada como conduta violadora da cláusula pétreia da separação dos Poderes, pois, repita-se, não se estaria “abolindo” tal princípio, mas sim o ratificando.

Assim, seria possível admitir a deliberação acerca de proposta de ato normativo com o objetivo de impor a observância obrigatória dos precedentes judiciais pela Administração Pública, vez que tal hipótese não pode ser encarada violação ao princípio da separação de Poderes. Mas qual deveria ser a natureza desse ato normativo? Isto é, em que pese não se tratar de violação ao princípio da separação de Poderes, o tema somente poderia ser tratado em sede constitucional (por meio de emenda à Constituição, por exemplo) ou determinada lei no sentido estrito poderia desempenhar este mister?

A solução para este problema é encontrada a partir da análise da natureza do tema em exame. Quando se trata de interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo, está-se necessariamente versando acerca da separação de Poderes, tema que possui conteúdo naturalmente constitucional, ou seja, trata-se de tema materialmente constitucional.

Com efeito, para a grande maioria dos constitucionalistas, o conteúdo das constituições abrange a forma de Estado, a forma de governo, a divisão entre os Poderes e o catálogo de direitos fundamentais. Nesse sentido, ensina Paulo Bonavides que as normas relativas à Constituição seriam aquelas atinentes à:

[..] organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da constituição.<sup>312</sup>

Ora, se a separação dos Poderes trata-se de conteúdo materialmente

---

<sup>312</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 63.

constitucional, é inegável que somente em sede constitucional é que poderia constar eventual obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais pela Administração Pública, independentemente de a disposição ter sido emanado do Poder Constituinte Originário ou do Derivado, por meio de emenda à Constituição, neste último caso.

Assim, considerando a vigência, a plena eficácia e a força normativa da Constituição de 1988, somente uma emenda constitucional poderia impor a observância obrigatória dos precedentes judiciais pela Administração Pública.

Tal assertiva pode ser corroborada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a chamada Reforma do Judiciário -, que acresceu ao texto constitucional o artigo 103-A, cujo conteúdo teve o condão de instituir no direito brasileiro a, hoje, já conhecida súmula vinculante, que é de observância obrigatória pela Administração Pública, direta e indireta, federal, estadual, municipal e distrital.

Desse modo, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04 a Administração Pública, em todas as suas esferas, passou a obedecer aos posicionamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e consignados em enunciados sumulares aprovados por dois terços dos seus membros.

É bom lembrar que, como visto anteriormente, as súmulas emanadas dos tribunais de vértice, vinculantes ou não, são fruto do precedente judicial que passou a ser adotado de forma reiterada, vindo a consolidar-se como jurisprudência dominante ou uniforme.

Atualmente, podem ser identificadas diversas súmulas vinculantes já editadas e que atuam diretamente no Poder Executivo. Observem-se alguns exemplos:

**Súmula vinculante nº 12:** A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.

**Súmula vinculante nº 13:** A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

**Súmula vinculante nº 17:** Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os

precatórios que nele sejam pagos.

**Súmula vinculante nº 20:** A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa - GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória no 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.

**Súmula vinculante nº 21:** É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

**Súmula vinculante nº 31:** É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS sobre operações de locação de bens móveis.

**Súmula vinculante nº 34:** A Gratificação de Desempenho de Atividade de Seguridade Social e do Trabalho – GDASST, instituída pela Lei 10.483/2002, deve ser estendida aos inativos no valor correspondente a 60 (sessenta) pontos, desde o advento da Medida Provisória 198/2004, convertida na Lei 10.971/2004, quando tais inativos façam jus à paridade constitucional (EC 20/1998, 41/2003 e 47/2005).

**Súmula vinculante nº 41:** O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

**Súmula vinculante nº 52:** Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

Em conclusão, por se tratar de conteúdo materialmente constitucional, ou seja, tema que só pode ser tratado em sede da Constituição, nos parece que eventual interferência pelo Poder Judiciário no Poder Executivo por meio dos precedentes judiciais deve, necessariamente, advir de regra constitucionalmente prevista de forma expressa.

Sobre o tema, uma observação merece destaque: quando se fala em necessidade de haver emenda constitucional a contemplar a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, está-se tratando de regra normativa que **imponha** tal vinculação. É dizer, se estivermos diante de regra que tão somente **autorize** (carga normativa totalmente diversa da imposição) a utilização de precedentes judiciais no âmbito administrativo, nos parece que bastaria ato normativo infralegal (lei em sentido estrito) ou até mesmo infralegal (decreto do Chefe do Poder Executivo, por exemplo) a adotar o entendimento formado no âmbito judicial, vez que, por óbvio, inexistiria a interferência de forma impositiva de um Poder no outro.

Tem-se, por exemplo, a Lei 9.469/97, que, no seu artigo 4º<sup>313</sup>, autoriza à Administração Pública Federal a adoção de precedentes judiciais no âmbito da Advocacia-Geral da União, com força vinculativa, de modo a dispensar propositura de ações ou a interposição de recursos quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelos tribunais de vértice.

Em conclusão, o princípio da separação de Poderes não pode ser considerado óbice para que os precedentes judiciais sejam seguidos pela Administração Pública de forma impositiva. Todavia, sob a nossa ótica e considerando o arranjo institucional brasileiro atual, o princípio da separação de Poderes traria um limitador do ponto de vista formal: a obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais pelo Poder Executivo somente poderia advir por meio de regra posta na Constituição, seja em decorrência da atuação do Poder Constituinte Originário – o que não ocorreu com a Constituição de 1988 –, seja por meio de emendas constitucionais, a exemplo da Emenda Constitucional n. 45/04, que criou a súmula vinculante por meio do artigo 103-A.

#### **4.1.2 A falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário como limitador**

Outra dificuldade que pode se contrapor à eventual vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais é o fato de faltar ao Judiciário legitimidade democrática, vez que seus membros não são eleitos por meio da vontade popular expressada por intermédio do voto.

Mais especificamente, outro ponto não menos importante em relação ao anterior, que precisa ser enfrentado acerca da possibilidade ou não de os precedentes judiciais vincularem as condutas da Administração Pública em abstrato é a suposta falta de legitimidade democrática do Judiciário e que, portanto, não poderia ser sucedâneo da lei, que é o ato máximo da democracia.

---

<sup>313</sup> Lei 9.469/97: Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

Na realidade, a discussão acerca da falta de legitimidade democrática do judiciário para intervir nos outros poderes democraticamente constituídos iniciou-se a partir do momento em que lhe foi conferida a possibilidade de exercer o controle de constitucionalidade das leis, cuja origem remonta ao julgamento do caso *Marbury vs Madison*, no direito norte-americano. Desde então travou-se longo e rico debate acerca da falta de legitimidade democrática para exercer tão relevante poder.

Sob a ótica do controle de constitucionalidade feito pelo Poder Judiciário, o tema foi enfrentado de forma peculiar pelo doutrinador de origem romena, mas que escolheu os Estados Unidos da América como residência e a Universidade de Harvard para o contato mais próximo com o Direito, Alexander Bickel.

Em que pese Bickel tenha enfrentado o tema sob a ótica do controle de constitucionalidade, os seus ensinamentos acerca da “dificuldade contramajoritária” podem ser aqui utilizados para analisar o argumento segundo o qual faltaria legitimidade democrática ao Poder Judiciário para que os seus precedentes passassem a vincular as condutas da Administração Pública.

Enquanto no controle de constitucionalidade examina-se o binômio constitucionalismo *vs.* democracia, para o nosso trabalho, o que se propõe é o estudo do binômio legalidade administrativa *vs.* democracia. Quando utilizamos a expressão “legalidade administrativa” o fazemos no sentido de “fontes normativas, oriundas do Poder Legislativo, ou não que tenham o condão de vincular as condutas da Administração Pública”. Assim, o debate que propomos é a discussão acerca da possibilidade ou não de haver a ampliação do conceito de legalidade administrativa a fim de açambarcar os precedentes judiciais, mesmo o Judiciário sendo sabidamente carecedor de legitimidade democrática.

Por meio da sua obra, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, publicada em 1962 a sua primeira edição, Alexander Bickel, como dito, enfrenta o chamado problema da “dificuldade contramajoritária” em sede do *judicial review* (identificação do controle de constitucionalidade das leis no direito norte-americano). Na sua tese de doutoramento, cuja publicação se deu sob o título “*Diálogos institucionais e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional*”, Sérgio Antônio Ferreira Victor resume de forma bastante peculiar o

pensamento de Alexander Bickel nessa seara.

Com efeito, Sérgio Victor principia a sua análise informando que o tema central da obra de Alexander Bickel é explicar como o controle de constitucionalidade das leis efetuado pelo Judiciário, enquanto instituição não democrática, já que os seus membros não são eleitos pelo voto dos cidadãos, poderia ter sua legitimidade justificada em um sistema de governo que é formado, tanto no Legislativo quanto no Executivo, pela decisão manifestada pela maioria.<sup>314</sup>

Dá sequência, afirmando que, segundo Bickel, nas democracias modernas espalhadas pelo mundo, não só a norte americana, a população em geral não costuma imiscuir-se na rotina dos governos, dedicando às questões a eles relativas somente quando há decisões de impacto sendo tomadas ou em períodos eleitorais, oportunidade em que devem prestar contas ao povo e também são avaliados.<sup>315</sup>

Em relação a tal constatação, os holofotes devem se voltar ao fato de que diversas decisões de toda ordem são tomadas pelo governo no dia a dia, as quais ora podem contar com o apoio da maioria, ora não, limitando-se, a maioria dos cidadãos, a participar basicamente do processo eleitoral.<sup>316</sup>

Outra constatação feita por Bickel, com amparo em doutrinadores diversos, e mencionada por Sérgio Victor é no sentido de que a democracia vivencia também com outros problemas que nada se relacionam com o controle de constitucionalidade, a exemplo da existência de grupos de pressão “que exercem influência muito significativa do que a exercida pelos eleitores comuns”<sup>317</sup>.

Comungando do mesmo raciocínio, sentencia Fábio Quintas:

Não havendo um efetivo sistema de freios e estando cartelizado o debate parlamentar pelas maiorias formadas antes de se pôr o debate político-legislativo, há risco real de que as leis não estejam cercadas daquele mínimo de consentimento que legitima assumir-se a

---

<sup>314</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 104.

<sup>315</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, págs. 104/105.

<sup>316</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 105.

<sup>317</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, págs. 105/106.

deliberação parlamentar autorizativa num sistema jurídico (referente às condições de civilidade, que passa pela proteção dos direitos fundamentais, e à observância das competência e dos procedimentos definidos na Constituição para balizar a disputa política).<sup>318</sup>

Outro exemplo de problema enfrentado pela democracia é o poder normativo conferido às agências reguladoras a fim de editarem normas gerais de caráter estritamente técnico, conforme estudado anteriormente.

A partir daí, Bickel, também segundo Victor, destaca a possibilidade de a democracia conviver com entidades que não possuem cargos eletivos dentre os seus cargos diretivos, mas que possuem instâncias de decisão de caráter geral, a exemplo do Banco Central.<sup>319</sup>

Em resumo, Sérgio Victor destaca que “Bickel enxerga a possibilidade de a democracia conviver com instâncias de decisão alocadas em instituições não constituídas por pessoas democraticamente eleitas para ocupar os seus cargos”<sup>320</sup>. Com efeito, sob a ótica de Victor, Bickel arrola inúmeras situações em que não é a existência da majoritariedade (ou a legitimidade democrática) que é determina, necessariamente, como centro de decisões, já que em muitas situações, as decisões são tomadas de forma válida sem que tenha havido qualquer ingerência da maioria decisória.

Georges Abboud, a seu turno, explicita o que deve ser entendido como postura contramajoritária do Judiciário:

[...] ser contramajoritário não é necessariamente ir sempre contra a vontade da maioria, mas, sim, ter poder para contrariá-la quando for necessário, em prol do texto constitucional, para assegurar a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e das minorias.<sup>321</sup>

E conclui:

Destarte, a função contramajoritária do Judiciário, mormente do STF, não se apresenta relevante apenas no que diz respeito à proteção de direitos fundamentais do cidadão. O próprio sistema constitucional

---

<sup>318</sup> QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 75.

<sup>319</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 106.

<sup>320</sup> VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 106.

<sup>321</sup> ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

depende dessa atuação, uma vez que, frise-se novamente, nada é mais contramajoritário que o próprio controle abstrato de constitucionalidade.<sup>322</sup>

Ainda acerca do tema, embora sob outro enfoque, Sundfeld faz ácida crítica, de forma bastante direta, como lhe é peculiar, acerca do entendimento de que somente há debate democrático nas Casas Legislativas:

É uma orientação preconceituosa, que usa o dogma de que só nos Parlamentos pode haver deliberação democrática e, por isso, estigmatiza a Administração Pública como não democrática. É uma orientação que se recusa a ver a realidade política atual, em que a Administração está impactada por vários mecanismos democráticos. É também uma orientação elitista, que faz o elogio retórico do papel dos Parlamentos como pretexto para, ao fim e ao cabo, valorizar – isto, sim – o papel da elite de profissionais do Direito, inflando seu poder de veto e influência sobre a Administração.<sup>323</sup>

Embora a crítica feita tenha por objetivo resguardar a atividade administrativa, o mesmo pode ser dito em relação ao Judiciário, não é o fato de os seus membros não terem sido empossados a partir do voto direto que lhe retira a legitimidade, seja porque é possível pensar em instâncias decisórias contramajoritárias, seja porque nem sempre as decisões são tomadas pela maioria.

Ademais, atualmente, aquela ideia romântica de democracia na concepção grega inicial, em que o povo estaria legitimamente representado no parlamento, não mais subsiste na sociedade contemporânea em que as decisões legislativas são tomadas a partir de grupos de influência. Nesse sentido, destaca Gustavo Binenbojm que se vivencia uma crise de legalidade, a qual se confunde com a crise de representação e de legitimidade dos parlamentares, vez que a lei passar a ser instrumento de realização da vontade de grupos, de classes, de partidos que se prestam a atender interesses pontuais de determinados grupos sociais.<sup>324</sup>

O que se observa, assim, segundo Binenbojm, é que há, nos atos normativos

---

<sup>322</sup> ABOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 113.

<sup>323</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 240.

<sup>324</sup> BINENBOJM, Gustavo. **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 145. No mesmo sentido, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 19.

oriundos do Poder Legislativo, uma crise de legitimidade popular e representativa, pois não se verifica no parlamento a representação do povo, mas sim a representação e a manifestação de vontade de grupos de pressão. Desse pensamento não destoam Paulo Otero:

Verificando que cada grupo pretende fazer valer os respectivos interesses nas instâncias decisórias públicas, o Estado aparece agora como interlocutor junto dos diversos grupos de interesses econômicos, sociais e culturais existentes na sociedade, encontrando-se a legitimação das suas próprias decisões normativas e não normativas num procedimento negocial visando obter o consenso dos “parceiros sociais” que, implementando uma política de “concertação social” traduzem, deste modo, uma nova visão orgânica da sociedade, qualificada de “democracia neocorporativa” ou de “neocorporativismo”.<sup>325</sup>

Some-se a isso ainda a crise de moralidade pelo que passou, por exemplo, o Congresso Nacional brasileiro em passado recente em que diversos parlamentares foram alvo de investigação e denúncia no Supremo Tribunal Federal no episódio conhecido como “mensalão”, cujos contornos não serão aqui detalhados a fim de não haver desvio do objeto de estudo.

Para finalizar, calha trazer à lume os ensinamentos de Georges Abboud que justificam a necessidade de ausência de legitimidade democrática, em determinadas situações, nos seguintes termos:

Os Ministros do STF e os demais juízes gozam de diversas garantias, eles não são eleitos, justamente para que a sua atividade de assegurar a proteção do pacto constitucional possa ser desempenhada, mesmo que deixe descontente grande parte da população. Imaginemos o quão imparcial seria o exame de um *habeas corpus* por um Ministro do STF, se ele pautar seu julgamento preocupado com a opinião pública.<sup>326</sup>

O que se conclui de tudo o quanto exposto é que a falta de legitimidade democrática do Judiciário não é argumento bastante em si a justificar a impossibilidade de os precedentes judiciais vincularem a Administração Pública.

---

<sup>325</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 140.

<sup>326</sup> ABBoud, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 110.

### 4.1.3 A ausência de uniformidade nas decisões como limitador

Trazemos à colação a problemática relativa à falta de uniformidade nas decisões proferidas pelos Tribunais Superiores e, para tanto, ilustramos a celeuma com manifestação de julgador que destacou a existência do problema. Com efeito, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, no julgamento do AgRg no Recurso Especial nº 382.736/SC, proferiu voto emblemático cujo excerto é o seguinte:

Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele voo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido.

Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim.

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme boia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da boia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da boia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 382.736 - SC (2001/0155744-8) VOTO-VISTA DO MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS)

Tal posicionamento, que ficou conhecido por revelar a chamada “jurisprudência banana boat”, bem reflete a insegurança jurídica existente nos pronunciamentos dos tribunais brasileiros, inclusive naqueles de vértice, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e serve para ilustrar a limitação e a dificuldade da observância dos precedentes judiciais, que pelos demais órgãos do Poder Judiciário, quer pela Administração Pública.

O que se evidencia, assim, é o fato de os posicionamentos das Cortes de vértice, a exemplo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, atualmente não serem formados de maneira coerente. Isto é, não há uniformidade na interpretação da lei, o que acarreta no posicionamento firmado num determinado julgamento não ser o mesmo a ser seguido em caso idêntico submetido a julgamento

posterior no mesmo tribunal superior. Fala-se, assim, em vacilação ou oscilação da jurisprudência.

Com efeito, a oscilação das decisões dos tribunais superiores no Brasil, que em um dia julgam em sentido e em outro bem próximo julgam caso semelhante em sentido diverso, acarreta clara violação ao princípio da isonomia e frustra a previsibilidade que se espera do sistema, seja ele baseado em precedentes obrigatórios ou não, razão pela qual “é até difícil querer se implantar no país uma cultura de respeito à jurisprudência consolidada, pura e simplesmente, porque não se pode confiar na jurisprudência consolidada”<sup>327</sup>.

Sobre a vacilação nas decisões do Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, dissertam Lênio Streck e Georges Abboud:

Grande parcela do nosso imaginário jurídico fixa como principais metas de um sistema jurídico a estabilidade e a eficiência, por conseguinte, aposta-se no caminho mais estreito para atingir tal desiderato, criação de mecanismos vinculatórios-interpretativos a serem proferidos pelos STJ e pelo STF, ignorando a realidade jurisprudencial desses tribunais, **que não possui integridade e coerência porque largamente pautada em discricionariedade e casuísmo.**<sup>328</sup> – os destaques são nossos

Outro exemplo acerca da falta de confiabilidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora no âmbito criminal, é apresentado pelos citados autores nos seguintes termos:

[...] em um dia, o STJ nega um recurso em um caso de furto de dois frangos, uma panela e outros objetos, todos avaliados em R\$88,50 (REsp 1.094.906); no outro, concede *Habeas Corpus* para trancar Ação Penal em caso de sonegação fiscal no valor de R\$4.249,36 (HC 101.505), com base na insignificância!<sup>329</sup>

Ora, inexistindo uniformidade nos pronunciamentos proferidos pelas Cortes, é

---

<sup>327</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia C.; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Jurisprudência oscilante no STJ.** In: GALLOTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coordenadores). **O papel da jurisprudência no STJ.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 227.

<sup>328</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 12.

<sup>329</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 40.

impossível, não só para a Administração Pública, como também para todos que tiverem por objetivo orientarem-se pelos precedentes judiciais oriundos das Cortes Supremas, identificar qual o seu posicionamento sobre determinado assunto.

Todavia, nos parece que o Código de Processo Civil de 2015 de certa forma contribui para o fim dessa oscilação dos posicionamentos das Cortes de vértice, pois traz regras um tanto quanto rígidas acerca da modificação tanto dos precedentes quanto da jurisprudência uniforme.

Com efeito, o §4º do artigo 927 do CPC dispõe expressamente que:

§4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Assim, sem sombra de dúvidas, o legislador almejou conferir maior segurança jurídica na mudança de enunciado de súmula, da jurisprudência uniforme ou de precedente firmado em sede de julgamento de casos repetitivos, condicionando tal alteração à necessidade de fundamentação adequada e específica.

Em outro dizer, não pode mais o Tribunal Superior modificar o seu entendimento sem antes expressamente fundamentar de forma adequada e específica sua mudança. Trata-se de imposição que privilegia a segurança jurídica e tende a corrigir a oscilação atualmente reinante nos pronunciamentos das Cortes de vértice.

Ainda acerca da segurança jurídica, um outro viés precisa ser enfrentado. É que o acesso aos precedentes dos tribunais, atualmente, se dá por meio de pesquisas feitas pelos respectivos sítios na internet. Todavia, como as pesquisas levam em consideração apenas o que consta das ementas dos acórdãos, é impossível saber-se de antemão, apenas com a leitura do ementário, qual a *ratio decidendi* da decisão judicial.

De igual modo, parece que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 objetivou corrigir tal fenômeno. É que, consoante o §5º do art. 927, “os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Ou seja, o Código impõe aos órgãos jurisdicionais uma melhor organização dos seus precedentes a fim de serem facilmente identificáveis as razões fundamentais da decisão e as questões

jurídicas nelas tratadas.

Por fim, deve ser destacado que tais dificuldades - que parecem terem sido sanadas pelo Código de Processo Civil de 2015 – se apresentam não somente quando se analisa eventual vinculação dos precedentes à Administração Pública, mas também em relação a todo o sistema de precedentes.

#### **4.2 A experiência da Administração Pública Federal em relação aos precedentes judiciais**

Uma vez examinadas as dificuldades teóricas no que se refere à vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, oportunidade em que se concluiu, segundo a nossa ótica, no sentido da impossibilidade de haver vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro atual sem que haja regra constitucional expressa nesse sentido, cumpre investigar como ocorre na prática a interferência dos precedentes no âmbito da Administração Pública Federal.

Isto é, em que pese atualmente inexista previsão constitucional acerca da vinculação da Administração Pública aos pronunciamentos judiciais – à exceção do artigo 103-A, que trata da súmula vinculante -, no dia a dia do Poder Executivo tais atos jurisdicionais são levados em consideração quando da edição de atos administrativos? Esse é justamente o objeto de estudo desta seção.

Com efeito, após procedermos à pesquisa empírica, pudemos constatar que, na prática, os posicionamentos judiciais, quer tenham sido firmados a partir de jurisprudência reiterada, plasmados em súmulas ou não, quer tenham sido conformados em precedentes, são, em sua maioria, seguidos pela Administração Pública Federal.

É que, consoante será aclarado mais à frente, os pareceres jurídicos ofertados pelos advogados públicos integrantes da Advocacia-Geral da União utilizam-se, em sua maioria, de pronunciamentos judiciais, sobretudo dos Tribunais Superiores, para embasar a sua conclusão e tais opinativos, também em sua maioria, são acatados pelas autoridades máximas da Administração Pública Federal com eficácia impositiva, vinculante.

Antes, porém, de apresentar os dados encontrados a partir da pesquisa qualitativa e quantitativa, cumpre expor rápidos esclarecimentos acerca do funcionamento do órgão federal incumbido de exercer as “atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo [no âmbito federal]”<sup>330</sup>, além da representação judicial e extrajudicial da União, a Advocacia-Geral da União (AGU).

Pois bem. Antes de 1988, a representação judicial da Administração Direta da União era incumbida ao Ministério Público da União, enquanto que as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos da Poder Executivo era feita pela Advocacia Consultiva da União, cujo órgão de cúpula era a Consultoria-Geral da República.<sup>331</sup> Inexistia, assim, um órgão único, tal como é hoje, incumbido de representar a União judicial e extrajudicialmente, bem como de prestar-lhe assessoramento e consultoria jurídicos de forma concomitante. Tais atividades eram repartidas entre o Ministério Público da União e a Advocacia Consultiva da União.

Com a promulgação da Constituição da República do Brasil de 1988, finalmente o Poder Executivo federal passou a contar com um órgão especificamente incumbido de lhe prestar assessoria e consultoria jurídicas, órgão este que também ficaria responsável por representar a União judicial ou extrajudicialmente, ativa ou passivamente. Surgia, assim, a Advocacia-Geral da União.

Nessa ordem de ideias, o Constituinte Originário previu expressamente, no artigo 131 da Carta Magna<sup>332</sup>, as atribuições da Advocacia-Geral da União e delegou ao legislador infraconstitucional, por meio de lei complementar, o estabelecimento da sua organização e funcionamento, além regular as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo também por meio daquele ato normativo.

Nessa senda, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, com o objetivo de instituir a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, que a

---

<sup>330</sup> Esta é dicção do parágrafo único do artigo 1º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Quanto à representação judicial e extrajudicial da União, tal comando está expresso no *caput* do artigo 1º da mesma lei complementar.

<sup>331</sup> Conforme Decretos nº 93.237, de 8 de setembro de 1986, e 92.889, de 7 de julho de 1986.

<sup>332</sup> Este é o teor do artigo 131 da Constituição da República de 1988: “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

estruturou orgânica e hierarquicamente, bem como definiu as suas funções.

De acordo com o artigo 2º da Lei Complementar nº 73/93, são os seguintes os órgãos de direção da Advocacia-Geral da União: (i) o Advogado-Geral da União, (ii) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional, (iii) Consultoria-Geral da União, (iv) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União e (v) a Corregedoria-Geral da União. Para o nosso estudo, não é necessário tecer considerações acerca dos dois últimos órgãos, devendo nos limitarmos às funções dos três primeiros e, quanto a eles, somente no que se refere à atuação na área da consultoria e do assessoramento jurídicos da Administração Pública Federal.

Isto porque, o que interessa para o presente trabalho é a análise dos dispositivos da Lei Complementar nº 73/93 no que se refere à consultoria e ao assessoramento jurídicos do Poder Executivo, pois o gestor público quando se vê diante de fundada dúvida jurídica, rotineiramente, socorre-se da sua consultoria ou assessoria jurídica, o que não é diferente no âmbito do governo federal.

O Advogado-Geral da União, no que se refere à atividade consultiva é “o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República”, nos termos do §1º do artigo 3º da Lei Complementar n. 73/93.

Todavia, o que há de relevo para o presente estudo relativamente às atribuições do Advogado-Geral da União, é que lhe é incumbido também “*fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal*”, consoante o inciso X do artigo 4º do citado ato normativo. Isto é, é de sua competência estabelecer qual o sentido e o alcance da Constituição, das leis e demais atos normativos, interpretação esta que terá eficácia vinculante para toda Administração Pública Federal e não somente para a AGU enquanto órgão.

À Consultoria-Geral da União, a seu turno, nos termos do artigo 10 da Lei Complementar 73/93, compete colaborar o Advogado-Geral da União no assessoramento jurídico do Presidente da República mediante a elaboração de “*pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição*”.

Por fim, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no que atine ao presente trabalho, desempenhar “*as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados*”, conforme dispõe o artigo 13 da referida Lei Complementar.

Uma vez apresentadas as competências dos órgãos que compõem a Advocacia-Geral da União incumbidos de exercer a consultoria e o assessoramento jurídico da Administração Pública Federal, nos termos da Lei Complementar n. 73/93, cumpre dissertar acerca do principal instrumento que veicula as opiniões jurídicas dos membros da Advocacia-Geral da União: os pareceres.

O parecer redigido pelo Advogado-Geral da União e submetido à chancela do Presidente República vincula toda a Administração Pública Federal após a sua publicação em conjunto com o despacho presidencial, consoante dispõe o artigo 10, *caput* e §1º, da Lei Complementar 73/93.

De igual modo, o parecer emitido pela Consultoria-Geral da União, quando aprovado pelo Advogado-Geral da União e pelo Presidente da República, após publicados, vinculam também toda a Administração Pública Federal, conforme expressa o artigo 41 da referida Lei Complementar.

Por fim, os pareceres das Consultorias Jurídicas dos Ministérios (órgãos de assessoramento da Presidência da República) aprovados pelo respectivo “Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas”, nos termos do artigo 42. O mesmo ocorre com os pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e aprovados pelo Ministro da Fazenda (art. 13).

Feita essa rápida introdução, verificou-se que, desde a formação da Advocacia-Geral da União, 200 (duzentos) pareceres foram submetidos à chancela - e posterior publicação do despacho de acolhimento - do Presidente da República, até a conclusão do presente trabalho. Isto é, desde a sua origem e até os dias atuais 200 (duzentos) pareceres foram incorporados à estrutura jurídico-organizacional da Administração Pública Federal com eficácia vinculante em relação a todos os seus órgãos e entidades (Administração Direta e Indireta).

Desse quantitativo, merecem destaque os dois mais recentes opinativos assim identificados: Parecer nº GMF 01<sup>333</sup> e Parecer nº GMF 02<sup>334</sup>, ambos aprovados pelos Presidente da República em 12 de dezembro de 2016, momento a partir do qual passaram a vincular toda a Administração Pública Federal.

No primeiro parecer (Parecer nº GMF 01), examinou-se a vinculação da Administração Pública Federal ao precedente criado pelo Supremo Tribunal Federal quando o julgamento do recurso extraordinário nº 778.889/PE, cuja repercussão geral havia sido afetada sob o nº 782. Na oportunidade, ao dar provimento ao apelo extremo, o Supremo igualou, no âmbito do serviço público federal, o prazo de licença adotante ao previsto legalmente para a licença gestante em 180 (cento e oitenta) dias e expurgou a distinção em função da idade da criança adotada.

No segundo opinativo (Parecer nº GMF 01), levou-se em consideração o posicionamento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do recurso extraordinário nº 693.456/RJ, no qual o Tribunal entendeu, em síntese, que seria legítimo o desconto relativo dos dias parados da remuneração do servidor que participar do movimento grevista, ressalvada a possibilidade de acordo e a greve não ter sido fruto de conduta ilícita do Poder Público.

Em ambos os pareceres a fundamentação utilizada foi no sentido de que a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte de Precedentes, deve influenciar a conduta da Administração Pública Federal de forma persuasiva, conforme se observa dos seguintes excertos:

As decisões das Cortes Supremas e dos Tribunais Constitucionais devem ser observadas e respeitadas por todos os atores políticos e autoridades públicas que atuam no âmbito dos Estados Democráticos de Direito. As razões de decidir (*ratio decidendi*) que normalmente compõem os pronunciamentos judiciais desses tribunais estão qualificadas não apenas como razões substantivas, que contêm os elementos de justificação e de correção material da tese fixada, mas igualmente como razões de autoridade, as quais se impõem como normas de observância e de cumprimento geral. A argumentação jurídica produzida por uma Corte Constitucional, portanto, se caracteriza também pelo argumento de autoridade que se forma por

---

<sup>333</sup> Íntegra do opinativo disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/idato/1530156>, acesso em 23 de dezembro de 2016 às 23hs11min.

<sup>334</sup> Íntegra do opinativo disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1530157>, acesso em 23 de dezembro de 2016 às 23hs49min.

razões que se justificam independentemente de seu conteúdo substancial, e que não se constitui necessariamente de aspectos persuasivos, mas de uma autoridade vinculante. Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais, dessa forma, representam instituições políticas que, qualificadas como órgãos primários na estrutura de um sistema institucionalizado de normas, combinam a produção e a aplicação jurídica de maneira muito especial e assim determinam, de modo autoritativo, as situações jurídicas dos indivíduos e de suas relações sociais.

[...]

O presente parecer é elaborado com esse objetivo e tem em vista não apenas esse elemento formal ou autoritativo que deve revestir as decisões da Corte Suprema brasileira em relação aos órgãos administrativos federais, mas igualmente a correção substancial e, portanto, a legitimidade material da decisão específica proferida pelo STF no RE 778.889/PE, na qual sobressaem também as razões substantivas que, no caso em análise, devem funcionar como elementos persuasivos no sentido do efetivo cumprimento pela Administração Pública Federal. Como se demonstrará no tópico seguinte, a decisão do STF faz uma adequada e correta interpretação da Constituição e, por isso, deve ser acatada e observada pelos órgãos públicos.<sup>335</sup>

De outro lado, em relação aos pareceres emitidos no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, verificou-se que 4 (quatro) deles, aprovados pelo Ministro da Fazenda Nacional, têm repercussão direta no tema aqui versado. Isto é, aqueles opinativos que assumiram caráter vinculantes para todo o Ministério da Fazenda e suas entidades vinculadas tratam exatamente da obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais oriundos dos tribunais superiores. Está-se a comentar dos seguintes pareceres: (i) Parecer PGFN/CRJ n° 492/2010<sup>336</sup>; (ii) Parecer PGFN/CDA n° 2025/2011<sup>337</sup>; (iii) Parecer PGFN/CRJ/CDA n° 396/2013<sup>338</sup>; e (iv) Parecer PGFN/CRJ n° 492/2011<sup>339</sup>.

O Parecer PGFN/CRJ n° 492/2010, proferido ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, em essência dispunha (i) acerca da impossibilidade de se

---

<sup>335</sup> Excertos extraídos do Parecer n. GMF 01, <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/1530156>, acesso em 23 de dezembro de 2016 às 23hs11min.

<sup>336</sup> Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/blog/PGFN%20PARECER%20No%20492-2010.pdf>. Acesso em 07/12/2016 às 9hs50min.

<sup>337</sup> Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-iii-2012/R%20p1%20parecer%20pgfn%20cda.pdf>. Acesso em 07/12/2016 às 10hs07min.

<sup>338</sup> Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/3962013>. Acesso em 07/12/2016 às 10hs25min.

<sup>339</sup> Disponível em: <http://publicador.jota.info/wp-content/uploads/2016/07/CSLL-parecer-PGFN.pdf>. Acesso em 07/12/2016 às 10hs39min.

interpor recursos ou contestar demandas quando a pretensão deduzida contra a Fazenda Nacional estiver em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que tenham sido firmadas com base na sistemática de julgamentos de casos repetitivos; e (ii) sobre a dispensa da interposição de recursos extraordinário e especial, bem como o agravo interno, pela PGFN contra jurisprudência reiterada e pacífica do STF e do STJ.

A seu turno, o Parecer PGFN/CDA nº 2025/2011 versa especificamente sobre os reflexos dos precedentes judiciais no âmbito administrativo de cobrança de tributos e conclui, dentre outras coisas, que: (i) o procedimento administrativo de cobrança de tributos deve obediência aos precedentes firmados pelo STJ e STF no âmbito do julgamento de casos repetitivos; e (ii) a legalidade que orienta a conduta administrativa de cobrança fiscal deve ser entendida no sentido amplo a incluir os precedentes judiciais na sua base normativa.

O Parecer PGFN/CRJ/CDA nº 396/2013 reitera os termos do PGFN/CDA nº 2025/2011 e especifica amiúde o caminhar da Administração Fazendária no que se refere à observância dos precedentes judiciais, mas com o acréscimo no sentido de que fixa o STF e o STJ como Cortes de precedentes.

Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, por fim, trata do efeito dos precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões administrativas de trato sucessivo.

Há também o Parecer PGFN/CRJ nº 789/2016 que, embora ainda não aprovado pelo Ministro da Fazenda, também versa sob o tema relativo à aplicação dos precedentes judiciais, mais especificamente a respeito da entrada em vigor do sistema de precedentes previsto no Código de Processo Civil de 2015.

Em todos os casos dos pareceres mencionados, o que se observa é a total deferência da Administração Fazendária Federal aos posicionamentos firmados pelos Tribunais Superiores, sobretudo STF e STJ, em que pese não haja imposição legal alguma nesse sentido.

De outra banda, é de se observar também que até os pareceres em que não há menção ao posicionamento jurisprudencial com o intuito de reforçar a tese desenvolvida no parecer, inexistente também contraposição de forma expressa a quaisquer

pronunciamentos judiciais que tenham julgados casos similares à relação fática submetida ao opinativo técnico-jurídico.

Como destaca Sundfeld, a atuação preponderante do Poder Público em juízo diz respeito a questões relativas a servidores públicos e a assuntos atinentes ao Direito Tributário.<sup>340</sup> Isto é, os processos judiciais em que a Fazenda Pública é parte, como autora ou ré tratam, na sua esmagadora maioria, ou de temas tributários ou de temas relativos a servidores públicos.

Por razões tais, optamos para utilizar como dados para nossa pesquisa os pareceres emitidos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pela Consultoria-Geral União. O primeiro órgão, como dito, é a unidade jurídica responsável pela atuação no âmbito tributário, ao passo que o segundo é incumbido de lidar com os assuntos relativos à Administração Direta não-tributários (incluindo-se aí as questões relativas aos servidores públicos).

Reitere-se, por fim, que o estudo dos pareceres técnico-jurídicos no âmbito da Administração Pública é de fundamental importância, pois, no mais das vezes, são eles que conferem balizas às condutas administrativas.

Com efeito, como é cediço, o parecer jurídico não possui caráter vinculativo, mas tão somente opinativo, salvo quando a lei dispuser de forma diversa. Todavia, o ato administrativo que acolher o opinativo jurídico, este sim, assumirá caráter vinculante para a Administração Pública à qual a autoridade administrativa que o acolheu. Desse entendimento não destoam Hely Lopes Meirelles, para quem:

O parecer, em contença um enunciado opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.<sup>341</sup>

A seu turno, acerca da relevância do papel dos operadores do direito nos debates administrativos, assim dispõe Carlos Ari Sundfeld:

---

<sup>340</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 242.

<sup>341</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28ª ed., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 189.

Nos debates sobre questões administrativas o uso de normas legais e de normas constitucionais para limitar ou dirigir a ação dos dirigentes e servidores públicos é instrumento do mundo jurídico, de profissionais do Direito. Afinal, o verdadeiro sentido e o alcance dessas normas quem fixa são as instituições jurídicas (órgãos de Advocacia Pública, Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, órgãos de controle interno), isto é, as instituições cuja intervenção nas várias matérias é justificada pelo dever de zelar pela aplicação do Direito<sup>342</sup>.

Por fim, em que pese a existência de tão relevantes pareceres para o nosso estudo, não pode ser o olvidado o teor Decreto n. 2.346, de 10 de outubro de 1997, que consolida normas de procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais.

Mais especificamente, merecem destaque o *caput* do artigo 1º e o seu parágrafo 3º, cujos enunciados assim dispõem:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

[...]

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto

Como se observa dos dispositivos transcritos, há norma infralegal, vigente no ordenamento jurídico desde 1997, que dispõe acerca da possibilidade de as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em casos concretos, ou seja, em sede de controle difuso de constitucionalidade, passarem a vincular a Administração Pública Federal, desde que haja proposta de Ministro ou de dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou por provocação do Advogado-Geral da União. Permite-se, assim, a eficácia vinculativa dos precedentes judiciais no âmbito federal, mas como uma faculdade e não de forma obrigatória.

Em conclusão, o que se observa do presente estudo empírico é que, ao menos no âmbito da Administração Pública Federal, em que pese inexistir previsão

---

<sup>342</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 241.

constitucional que atribua eficácia vinculante aos precedentes judiciais, eles acabam por ser observados na maioria das decisões administrativas.

#### **4.3 A inobservância dos precedentes judiciais pelo Administrador Público: consequências**

Para concluir o nosso trabalho, cumpre investigar as eventuais consequências da inobservância dos precedentes judiciais, sejam os oriundos das Cortes de Precedentes, sejam os previstos no Código de Processo Civil de 2015, pelo Administrador Público.

Para tanto, devem ser distinguidas duas situações diversas: (i) quando houver regra constitucional prevendo a observância obrigatória; e (ii) quando não houver disposição constitucional nesse sentido.

Como se viu, concluímos linhas atrás que a única forma viável de, no direito brasileiro, os precedentes judiciais passarem a vincular a Administração Pública se dá por meio de previsão expressa no texto constitucional, não podendo tal temática ser tratada em sede de lei em sentido estrito.

Atualmente, não há previsão constitucional nesse sentido. A regra prevista na Constituição que mais se assemelha a tal situação é aquela prevista no art. 103-A, que trata da súmula vinculante, instituto este que não se identifica integralmente com os precedentes judiciais.

Ante a ausência de regra constitucional vigente na atualidade, qualquer conclusão a que se possa chegar trata-se de mera hipótese. Todavia, levando-se em consideração o próprio texto do artigo 103-A, é possível pensar que eventual descumprimento de precedente judicial pela Administração Pública, quando houver obrigatoriedade de sua observância, submeterá o ato a controle do Tribunal que teve o seu posicionamento desobedecido por meio da reclamação constitucional.

Repita-se que se trata de mera ilação. As consequências reais somente poderão ocorrer se expressamente previstas na regra que instituir a obrigatoriedade de observância.

Situação distinta é quando não há previsão constitucional impondo a observância obrigatória, que é a realidade atual.

Nessa hipótese, ainda que se trate de precedentes obrigatórios previstos no Código de Processo Civil de 2015 ou daqueles emanados das Cortes de Precedentes, não poderá haver qualquer sanção pela adoção de conduta administrativa diversa do entendimento firmado no âmbito judicial.

Afirma-se isso, pois não é possível haver punição, de qualquer natureza, sem que haja expressa previsão legal. Trata-se de aplicação do princípio reitor do direito sancionatório segundo o qual não poderá sanção sem prévia cominação legal.

Situação interesse que também poderia ser cogitada ocorreria quando há expressa previsão constitucional acerca da vinculação, mas o precedente formado é flagrantemente contrário à eventual lei. Nessa hipótese, não resta dúvida de que é a lei o ato normativo a ser seguido. Até mesmo porque há, no direito brasileiro, diversos dispositivos legais que imputam responsabilidade ao servidor quando este deixar de observar a lei.

Com efeito, exemplos dessas disposições legais são encontradas desde a Constituição até os atos normativos infralegais. Em sede constitucional, verifica-se, por exemplo, que o servidor ou o empregado público poderá receber representação em razão do exercício negligente ou abusivo<sup>343</sup> do cargo, emprego ou função na administração pública, conforme dispõe o art. 37, §3º, III, da Constituição da República. Em sede infraconstitucional, pode-se citar como exemplo o artigo 73 da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, que dispõe que a infração aos seus dispositivos poderá ensejar punição servidor irresponsável na seara penal, da improbidade administrativa ou, ainda, importar em crime de responsabilidade.

Dessa forma, em havendo precedente judicial, vinculante ou não, cuja *ratio decidendi* seja contrária à expressa disposição legal, deverá, o Administrador Público, sempre pautar sua conduta no ato normativo emanado do Poder Legislativo, sob pena de, eventualmente, ser responsabilizado até mesmo na esfera criminal.

---

<sup>343</sup> Inegavelmente, negligência e abusividade decorrem de violação à lei.

#### **4.4 Conclusão parcial**

Neste capítulo foi examinado o problema da pesquisa propriamente dito. Isto é, em que medida a Administração Pública estaria obrigada a observar os precedentes judiciais – tanto aqueles elencados no rol do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015 quanto os oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que não estivessem ali previstos – na condução dos seus atos.

Inicialmente, identificamos alguns possíveis limitadores teóricos à tal vinculação: o princípio da Separação de Poderes, a falta de legitimidade democrática do Judiciário e ausência de uniformidade nas decisões judiciais na atualidade.

Acerca do princípio da separação de Poderes, observou-se que a Constituição brasileira de 1988 o consagra como a base de formação do Estado, mas não faz de forma rígida, vez que ao longo do texto constitucional é possível vislumbrar-se diversos dispositivos que consagram o chamado do sistema de freios e contrapesos.

Em face dessa constatação, dois questionamentos precisaram ser respondidos para que se encontrassem o solução para a problemática: (i) a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo por meio dos precedentes judiciais obrigatórios – no sistema jurídico brasileiro - acarretaria a violação ao princípio em tela? E (ii) seria necessária disposição constitucional expressa nesse sentido, como condição para a existência dessa vinculação?

Considerando o sistema normativo brasileiro vigente, a interferência de um Poder no outro é inerente ao modelo de separação de Poderes aqui adotado. É dizer, a interferência recíproca entre os Poderes, em vez de contrariar o princípio da Separação dos Poderes, o ratifica, levando-se em consideração o modelo previsto constitucionalmente.

Para tentar solucionar o segundo questionando, identificou-se que, ao lado dos direitos fundamentais e do pacto federativo, a separação dos Poderes compõe o núcleo duro sem o qual não há falar-se em Constituição. Ademais, Tais institutos, inclusive, foram erigidos ao status de cláusulas pétreas no direito brasileiro, vez que, de acordo como §4º do artigo 60 da Constituição de 1988, sobre tais temas não poderá sequer

haver deliberação em sede de proposta de emenda que pretendam aboli-los do nosso sistema jurídico.

Observou-se que a instituição da observância de forma obrigatória dos precedentes judiciais pela Administração Pública, a nosso sentir, não poderia ser enquadrada como “abolição” da separação dos Poderes. Isto porque, tratar-se-ia apenas de ingerência de um Poder (o Judiciário) sobre o outro (o Executivo), o que é perfeitamente possível em face do Texto Constitucional vigente - que prevê o sistema de freios e contrapesos.

Como se disse, o tema relativo à separação dos Poderes trata-se de conteúdo materialmente constitucional. Isto é, qualquer tratamento jurídico a ser dado nessa seara, necessariamente, precisaria de movimentação de índole constitucional, seja a partir do texto originário, seja por intermédio do Poder Constituinte Reformador.

Desse modo, se a separação dos Poderes se trata de conteúdo materialmente constitucional, é inegável que somente em sede constitucional é que poderia constar eventual obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais pela Administração Pública, independentemente de a disposição ter sido emanado do Poder Constituinte Originário ou do Derivado, por meio de emenda à Constituição, neste último caso.

Tal assertiva pode ser corroborada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a chamada Reforma do Judiciário -, que acresceu ao texto constitucional o artigo 103-A, cujo conteúdo teve o condão de instituir no direito brasileiro a, hoje, já conhecida súmula vinculante, que é de observância obrigatória pela Administração Pública, direta e indireta, federal, estadual, municipal e distrital.

Assim, conclui-se que o princípio da separação de Poderes não pode ser considerado óbice para que os precedentes judiciais sejam seguidos pela Administração Pública de forma impositiva. Todavia, sob a nossa ótica e considerando o arranjo institucional brasileiro atual, o princípio da separação de Poderes traria um limitador do ponto de vista formal: a obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais pelo Poder Executivo somente poderia advir por meio de regra posta na Constituição, seja em decorrência da atuação do Poder Constituinte Originário – o que não ocorreu com a Constituição de 1988 -, seja por meio de emendas constitucionais, a exemplo da Emenda Constitucional n. 45/04, que criou a súmula vinculante por meio do artigo 103-

A.

O outro possível limitador a ser considerado é a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que os seus membros não são eleitos pela expressão da vontade do povo, mas sim ingressam nos seus quadros, em sua maioria, por meio dos concursos públicos, o que trouxe para o presente a chamada dificuldade contramajoritária.

O que se evidenciou do debate é que não é o fato de os seus membros não terem sido empossados a partir do voto direto que lhe retira a legitimidade, seja porque é possível pensar em instâncias decisórias contramajoritárias, seja porque nem sempre as decisões são tomadas pela maioria, já que se verifica uma crise de legitimidade popular e representativa, pois não se verifica no parlamento a representação do povo, mas sim a representação e a manifestação de vontade de grupos de pressão.

O último fator limitador estudado foi a ausência de uniformidades nas decisões dos tribunais. Ou seja, a vacilação nos julgamentos que, em um dado momento decidem de uma forma e em outro – muito próximo – decidem de modo diametralmente oposto sem qualquer justificativa razoável.

O que se verificou foi que, em princípio, tal realidade fática seria óbice à observância dos precedentes judiciais pela Administração Pública, todavia, levando-se em consideração o atual teor do §4 do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, que impõe o dever de fundamentação todas as vezes em que o tribunal deliberadamente mudar o seu posicionamento, nos parece que tal vacilação jurisprudencial tende a ser reduzida, se não eliminada.

Na sequência, embora tenha se verificado a existência do limitador formal (necessidade de está expreso no texto constitucional) quanto à vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, as recentes opções feitas pela Administração Pública Federal sugerem um movimento no sentido de que a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, enquanto Cortes de Precedentes, deve influenciar a conduta da Administração Pública Federal de forma persuasiva.

Finalizamos o estudo com o estudo da eventual responsabilização do

Administrador Público em face da não observância dos precedentes judiciais. Na oportunidade verificou-se que a temática pode sofrer examinada sob dois enfoques: (i) quando houver regra constitucional prevendo a observância obrigatória; e (ii) quando não houver disposição constitucional nesse sentido.

No primeiro caso, ante a ausência de regra constitucional vigente na atualidade, qualquer conclusão a que se possa chegar trata-se de mera hipótese. Todavia, levando-se em consideração o próprio texto do artigo 103-A, é possível pensar que eventual descumprimento de precedente judicial pela Administração Pública, quando houver obrigatoriedade de sua observância, submeterá o ato a controle do Tribunal que teve o seu posicionamento desobedecido por meio da reclamação constitucional.

Na segunda hipótese, inexistindo sanção expressa quanto à sua inobservância, não poderia ser cogitada qualquer responsabilidade ao Administrador Público por ter agido em desconformidade com o posicionamento firmado pelo Poder Judiciário em sede de precedentes pois não é possível haver punição, de qualquer natureza, sem que haja expressa previsão legal.

## CONCLUSÃO

1. A Administração Pública, tanto na acepção formal (subjeto), quanto na material (objetiva) passou por intensa transformação desde a sua concepção no período revolucionário francês.
2. Inicialmente, com o Estado Liberal, a organização administrativa era mínima, as competências administrativas bastantes limitadas e o somente poderia atuar na esfera do particular quando expressamente permitido em lei. Vivencia-se o absentéismo estatal.
3. Após a Primeira Guerra Mundial, a fim de suprimir a crise econômica pela qual passava os países envolvidos no conflito bélico, o Estado Liberal converte-se em Estado de Bem-Estar Social a fim corrigir as desigualdades sociais sofridas pelos indivíduos. Na oportunidade, a Administração Público foi obrigar a expandir, subjetivamente e objetivamente.
4. O agigantamento da Administração Pública no objetivo de corrigir as distorções sociais tornou a máquina administrativa muito onerosa, o que rendeu ensejo ao pesado aumento na carga tributária, asseverando a crise em alguns Estados, a exemplo do Brasil, acarretando o declínio do Estado de Bem-Estar Social.
5. Após a Segunda Guerra Mundial, com o declínio avançado do Welfare State, começa a despontar o Estado Neoliberal, em que a Administração Pública reduz de tamanho e passa a atuar na regulação da economia.
6. A partir da instituição da função regulatória do Estado, criam-se as agências que conferem grau máximo de complexidade à Administração Pública, vez que, além das atividades típicas do Estado-administração, são absorvidas as atividades normativas e julgadoras.
7. No Brasil, somente a partir da segunda metade da década de 90, após quase dez anos da promulgação da Constituição de 1988, é o Estado passa a assumir de fato o seu papel regulador, muito embora tal previsão já constasse do texto originário da Constituição.
8. A estrutura complexa da Administração e a sua evolução renderam ensejo à atuação diferenciada do Poder Judiciário no controle estatal ao longo dos anos.

9. No direito comparado, até a primeira metade do século do século XIX vigorava a teoria da irresponsabilidade do Estado, segundo a qual a Administração Pública não se submetia ao controle exercido pelo Poder Judiciário.

10. No Brasil, ainda que de forma tímida, a Constituição da República de 1891 passou a tratar do tema, limitando-se a prever responsabilidade do servidor público, mas silenciando-se acerca da responsabilidade do Estado enquanto pessoa jurídica, situação que começou a ser revista pela Lei 221/1894 e foi aperfeiçoada com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, que previu expressamente a responsabilidade do Estado.

11. Atualmente, em face do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, conjugado com diversos outros dispositivos constitucionais, o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário é uma realidade inafastável no direito brasileiro.

12. O controle judicial varia a sua intensidade conforme for o fundamento com base no qual se fundamenta a edição do respectivo ato administrativo, se fundado em competência discricionária, vinculada em elementos estritamente técnicos.

13. No princípio, como a lei previa de forma regrada o agir da Administração Pública, inexistindo margem de liberdade criativa para ela, não se falava em competência discricionária nem muito menos em controle dos atos editados com fundamentos nessa competência.

14. Mas com o avanço da complexidade da Administração Pública e o descompasso entre a sua evolução no mundo dos fatos e o desenvolvimento do Poder Legislativo, as leis passaram a conter conceitos indeterminados que conferiam certa margem de liberdade ao Administrador Público.

15. Surgia, assim, a discricionariedade administrativa, que consiste na possibilidade conferida pelo legislador ao administrador de colmatar a regra jurídica prevista em abstrato a fim de atingir a finalidade pública em um dado caso concreto, tratando-se, em verdade, de técnica de integração jurídica.

16. É nessa seara que surgem os critérios de conveniência e oportunidade de modo a tornarem infenso a controle externo o chamado “mérito administrativo”, que é o sentido político da ação do Estado-administração.

17. Atualmente, porém, discute-se acerca da insindicabilidade do mérito administrativo, prevalecendo o entendimento segundo o qual o ato administrativo editado com fundamento da competência discricionária poder ser submetido a controle judicial que poderá aferir, a sua correção à luz não só da legalidade, mas também do princípio da razoabilidade, mas tanto em um caso como no outro, não poderá haver a substituição da vontade do Administrador Público pela vontade do órgão jurisdicional incumbido de exercer o controle.

18. Quanto ao controle dos atos administrativos fundados em competência vinculada, é inegável que ele poderá ser exercido de forma ampla pelo Judiciário, uma vez que os seus contornos estão previstos de regrada na lei, inexistindo margem para a colmatação a ser feita na esfera administrativa.

19. A seu turno, a chamada “discricionabilidade técnica” foi inicialmente pensada na Áustria, em 1864, com o objetivo de retirar da esfera de controle externo certos atos emanados do Poder Executivo.

20. Trata-se de atribuição legal à Administração Pública a agir com fundamento em critérios técnicos das ciências em geral.

21. Em verdade, não se trata de “discricionabilidade”, haja vista, que uma vez encontrada a única solução técnica possível, faltará margem ao Administrador para proceder à escolha entre mais de uma opção disponível.

22. O tema ganha relevo na seara relativa às agências reguladoras, pois além de adotar opções técnicas em concreto, também faz opções técnicas em abstrato, editando normas gerais.

23. Relativamente ao controle judicial da discricionabilidade técnica, percebeu-se que há três possibilidades distintas: (i) quando há omissão ilegal por parte da autoridade administrativa responsável por proferir a decisão técnica, oportunidade em que o Judiciário interferirá apenas para assinar prazo razoável para que a omissão seja sanada, sem substituir-se ao Administrador na opção a ser feita; (ii) quando a decisão técnica é flagrantemente ilegal, situação em que o Judiciário poderá intervir para anulá-la, seja por critérios de ilegalidade ou irrazoabilidade, mas também sem substituir o Administrador; por fim, (iii) quando não há ilegalidade manifesta e para se verificar

eventual desacerto na opção do Administrador Público o órgão jurisdicional dependeria de auxílio técnico, hipótese em que o ato seria insindicável, sob pena de haver violação ao princípio da separação dos Poderes.

24. Assim como no direito brasileiro, percebeu-se que a jurisprudência norte-americana formada com base na *Chevron Doctrine* possui postura deferente à opção técnica feita pelo Administrador, passando, o Judiciário, a atuar apenas para controlar a legalidade ou em caso de irrazoabilidade evidente.

25. Concluiu-se, ao final que, para fins de controle judicial, é possível pensar na distinção entre atos administrativos fundados em competência discricionária e vinculada apenas no que se refere à aferição de sua legitimidade à luz do princípio da razoabilidade, vez que na primeira hipótese seria possível tal paradigma em face, quando poder-se-ia evidenciar a escolha mal feita do Administrador Público.

26. O direito administrativo evoluiu, tanto no direito comparado, quanto brasileiro de forma concomitante à ideia de Estado de Direito.

27. O Estado Liberal possuía as suas fincas no período revolucionário francês e suas principais características eram o absentismo estatal, a total submissão do Estado à lei e a outorga de máxima liberdade aos particulares.

28. O princípio da legalidade surge nessa época. A lei em sentido estrito era a única fonte de onde poderia emanar direitos e obrigações, pois ela se apresentava como a forma de preservar a segurança jurídica.

29. A lei possuía fundamento de validade em si própria, razão pela qual, naquela época, a Constituição não possuía a mesma relevância que possui na atualidade. Ela limitava-se a ditar regras programáticas, sem eficácia normativa.

30. Verificou-se que no direito brasileiro não foi diferente. No período compreendido entre o final do século XIX e o começo do século XX, momento em que o liberalismo foi mais evidente, vigora o primado da lei e a Constituição possuía apenas eficácia programática.

31. Diferentemente do Estado Liberal, em que vigorava o absentismo estatal, o traço característico do Estado de Bem-Estar Social é a promoção do desenvolvimento

econômico, do bem-estar e da justiça social, sempre sob a tutela e o jugo das leis editadas pelo Parlamento.

32. As novas Constituições passaram a prever extenso catálogo de fundamentais, neles incluídos os direitos sociais, o que alteraram substancialmente as feições do Poder Público.

33. Com a mudança da feição estatal, as leis que o regem também se modificaram, saindo de uma postura negativa, relativa ao não-fazer estatal a fim de garantir as liberdades individuais, e passando a assumir também uma postura impositiva, criando obrigações ao Estado no sentido de assegurar a igualdade entre as pessoas.

34. No cenário brasileiro, foi no período ditatorial em que se iniciou mudança na Administração Pública brasileira do ponto de vista subjetivo. Isto é, foi nesse período em que o Estado brasileiro passou a intervir diretamente na atividade economia por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista criadas à época.

35. Além da intervenção direta da economia, o Estado-administração viu-se obrigado a implementar políticas públicas de modo a reduzir as desigualdades sociais, em movimento orquestrado com o Poder Legislativo.

36. O princípio da legalidade administrativa, assim, além de ampliado para contemplar os comandos constitucionais, mudou de feição para contemplar as prestações positivas pelos Estado brasileiro

37. Após a queda do muro de Berlim – e com ela o fim da Guerra Fria -, em 1989, iniciou-se uma nova era, capitaneada pelos Estados Unidos de Ronald Reagan e a Inglaterra de Margaret Thatcher, o chamado novo liberalismo (ou neoliberalismo).

38. As principais características do Estado Neoliberal eram: Estado mínimo, desregulamentação do trabalho, privatizações, funcionamento do mercado sem interferência estatal e cortes nos benefícios sociais.

39. É nessa fase que o Estado passa a regular a economia, deixando paulatinamente de nela intervir diretamente, e, para tanto, passa a criar as agências reguladoras enquanto entidades dotadas de personalidade jurídica própria, autônoma, independente e dotada de alta especialização técnica, com o intuito de regular o mercado liberal e globalizado.

40. O principal impacto no princípio da legalidade administrativa trazido pelas agências reguladoras foi o seu poder normativo. Isto é, a sua capacidade de editar normas gerais e abstratas de caráter técnico com o intuito de regular o mercado relevante.

41. Quando a Administração Pública, por meio de suas agências reguladoras, edita normas técnicas dotadas de generalidade abstração, em nada tal circunstância contraria o princípio da separação de Poderes.

42. A legalidade administrativa inicialmente pensada para balizar as opções da Administração Pública ao quanto previsto na lei em sentido estrito, passa a ser remodelada para contemplar como fontes de direito a Constituição e todo o seu catálogo de direitos fundamentais e sociais, bem como os princípios que regulam a dinâmica administrativa.

43. Ainda há doutrinadores que entendem que o Estado está atrelado de forma umbilical à lei.

44. A moderna concepção doutrinária repele a ideia de que a Administração Pública não poderia desenvolver atividade criativa dentro dos limites impostos na lei.

45. O princípio da legalidade deve sempre pautar a conduta administrativa, mas não de modo excludente ou inflacionado a ponto de depreciar ou desvincular a autoridade dos demais princípios jurídicos.

46. Parcela diversa da doutrina moderna defende a substituição da vinculação da Administração Pública ao Parlamento pela vinculação direta à Constituição. O primeiro fundamento para embasar tal posicionamento teórico é a própria força normativa da Constituição, que independe de ato normativo infraconstitucional para possuir eficácia, inclusive em relação à Administração Pública. Um segundo fundamento seria o fato de as Constituições, inclusive a brasileira de 1988, contemplarem extenso rol de direitos fundamentais e de princípios, implícitos e explícitos, os quais independem da interpretação legislativa dada pelo Parlamento para serem concretizados.

47. Administração Pública não mais possui a lei formal como sua única fonte normativa, mas sim, e sobretudo, pode pautar suas condutas na Constituição, nos princípios e até mesmo em posicionamentos judiciais firmados pelo Supremo Tribunal

Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade e plasmados nas súmulas vinculantes, conforme art. 102, §2, e art. 103-A, ambos da Constituição de 1988, respectivamente.

48. Verificou-se que, quando da prolação das decisões judiciais, os órgãos jurisdicionais devem agir de modo a manter a integridade do sistema jurídico e com ele ser coerente, além de observar o princípio da segurança jurídica e o da isonomia.

49. Observou-se que a segurança jurídica é um dos pilares de todo sistema jurídico, a qual é alcançada na tradição do *common law* por meio da sistemática dos precedentes judiciais, ao tempo em que no sistema do *civil law* a previsibilidade e a segurança jurídica advêm de impositivos legais, que permitem aos destinatários da norma saberem antecipadamente o seu conteúdo.

50. Além disso, considerando que a aplicação da lei pelo juiz comporta diversas interpretações e é por meio delas que o direito é revelado, os julgamentos feitos pelo judiciário devem ser uniformes e coerentes, de modo a permitir ao jurisdicionado a prévia ciência da solução para o seu conflito.

51. Concluiu-se também que a coerência e a isonomia são interligadas no que se refere à aplicação dos precedentes, no sentido de que os pronunciamentos judiciais devem ser coerentes entre si de modo a evitar que situações idênticas recebam tratamentos distintos de justificativa razoável, o que acabaria por violar o princípio da isonomia.

52. Por fim, quanto à integridade, constatou-se que a decisão judicial, por ser dotada de eficácia normativa, encontra-se inserida dentro de um dado sistema jurídico, devendo a ele vincular-se de forma de deixar-lo íntegro, isto é, “a integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra as arbitrariedades interpretativas”<sup>344</sup>.

53. Relativamente às fases de aplicação dos precedentes, verificou-se que, no sistema do *common law*, existiram três bens definidas: ilustrativa, persuasiva e vinculante, o que

---

<sup>344</sup> STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 118

permitiu a sua variação eficaz ao longo do tempo indo desde a mera ilustração para o caso concreto até possuir força vinculante de modo a ser, necessariamente, no julgamento dos casos futuros.

54. O que merece destaque dessa evolução é que, em que pese os precedentes judiciais tivessem passado a repercutir no ordenamento jurídico inglês a partir do século XI, o seu efeito vinculante somente veio a ser estabelecido no século XIX. Em outro dizer, em pese presente na tradição jurídica do *common law* inglês, os precedentes judiciais levaram oitocentos anos (do século XI ao XIX) para assumir feição vinculativa.

55. Foi necessário fazer tal digressão histórica a fim de apresentar a origem da distinção da eficácia do presente judicial quando comparado com o sistema do *civil law*. É que, nessa tradição jurídica, concluiu-se que a eficácia vinculante dos precedentes não advém de longa tradição em sua aplicação, mas sim de imposição normativa expressa, seja constitucional ou legal.

56. Verificou-se também que, para se encontrar a definição dos precedentes, é necessário o exame dos institutos do *stare decisis*, da *ratio decidendi*, e do *obiter dictum*.

57. Relativamente ao *stare decisis*, concluiu-se que se refere “aos princípios e às regras que orientam o uso dos precedentes e seu status de autoridade vinculante (*binding precedents*)”<sup>345</sup>, isto é, foi o meio encontrado pela doutrina inglesa de justificar e ratificar a eficácia vinculante, no âmbito vertical e horizontal, dos precedentes judiciais no sistema do *common law*, teoria esta que somente foi consolidada, na Inglaterra, no apagar das luzes do século XIX.

58. Quanto à *ratio decidendi*, constatou-se que se trata da porção da decisão judicial que propõe a virar precedente que corresponde às suas razões de decidir ou, melhor dizendo, seriam “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como

---

<sup>345</sup> CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 39.

foi<sup>346</sup>.

59. A seu turno, a *obter dictum* seriam as questões levantadas no pronunciamento jurisdicional, mas cujo conteúdo, naquele caso concreto, não se apresenta como fundamento da decisão, tratando-se apenas de argumentos colaterais por meio dos quais podem-se alcançar as razões principais.

60. Estudou-se também que, pelos institutos da superação (*overruling*) e da distinção (*distinguishing*), os precedentes judiciais dotados de eficácia vinculante poderiam deixar de ser aplicados, seja no sistema do *common law*, seja na tradição do *civil law*.

61. Quanto ao *distinguishing*, os precedentes judiciais não seriam aplicados aos casos futuros quando fosse demonstrado que os fatos sob julgamento seriam diversos daqueles com base nos quais o precedente paradigma foi formado.

62. Já em relação ao *overruling*, o precedente vinculante deixaria de ser aplicado quando se demonstrasse que ele se tornou obsoleto em face da evolução do direito e da própria sociedade, não se prestando mais a resolver os casos futuros.

63. Estudamos também as diferenças conceituais entre o precedente, a jurisprudência e as súmulas, oportunidade em que concluímos que: enquanto a jurisprudência, na sua acepção mais técnica, reflete o posicionamento uniforme e reiterado do tribunal, os precedentes judiciais não surgem em observância à reiteração de julgamentos, mas a partir do julgamento de um determinado caso concreto que passa a ser seguido nos julgamentos posteriores a fim de conferir a casos iguais tratamento idênticos. Já as súmulas, a seu turno, são os enunciados normativos que refletem a fundamentação utilizada pelo tribunal para solucionar determinados casos idênticos que foram decididos no mesmo sentido de forma reiterada.

64. Voltando-se à formação brasileira dos precedentes, verificamos que, nessa seara, o direito brasileiro foi diretamente influenciado pelo direito português, onde vigoraram os institutos dos assentos e dos estilos da corte, que correspondiam a pronunciamentos judiciais com eficácia vinculante.

---

<sup>346</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2, p. 442.

65. Inspirado nessa tradição, verificou-se que desde o final do século XIX, com a edição do Decreto n. 2.684/1875, já se passou a admitir no direito brasileiro a existência de precedentes judiciais com eficácia vinculante, disposições estas que foram repetidas em diversos atos normativos superiores, alguns até com envergadura constitucional, razão pela qual não é novidade alguma no nosso sistema jurídica a outorga de eficácia vinculante aos precedentes judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015.

66. Acerca do Código de Processo de 2015, foi verificado que a sua edição se deu não com o propósito de instituir o sistema de precedentes obrigatórios, mas sim de estruturá-lo.

67. Verificou-se que, naquele Diploma Normativo, são os seguintes os precedentes erigidos à condição de observância obrigatória (art. 927): (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmulas vinculantes; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência; (iv) os acórdãos proferidos em se de julgamentos de casos repetitivos (incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR - e julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos); (v) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (vi) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

68. Na sequência foi estudado o papel do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça na formação dos precedentes judiciais.

69. Nessa seara, concluiu-se que o Supremo Tribunal Federal deve ser pensado como corte que profere a última palavra em matéria constitucional, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça deve ser encarado como o tribunal responsável para ditar a interpretação acerca da legislação infraconstitucional federal, sendo que tanto em um quanto em outro caso os seus precedentes devem possuir eficácia vinculante para todo o sistema jurisdicional.

70. Advertiu-se, porém, que, em pese possa se pensar na postura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas (ou Cortes de Precedentes), a vinculação de suas decisões não pode transpor os muros do Poder Judiciário enquanto não houver ato normativo formal que assim o preveja, tal como

ocorreu com a súmula vinculante prevista no art. 103-A da Constituição de 1988.

71. Ademais, concluiu-se que somente poderiam ter o condão de formar precedentes as decisões que refletissem a posição da Tribunal, ou seja, órgãos fracionários, a exemplo das Turmas do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, por não figurarem como órgãos compostos por membros que retratem a maioria do Tribunal, não poderá produzir precedentes judiciais.

72. Na sequência, estudou-se os precedentes judiciais em contraposição às fontes do direito, quando se constatou-se que, em que pese sejam admitidas a sua vinculação em relação aos órgãos do Judiciário, a produção de eficácia *erga omnes* somente poderia advir de expressa previsão legal, pois na tradição jurídica do *civil law* brasileiro ainda persiste a supremacia do Parlamento, segundo a qual são os seus atos que regulam a vida em sociedade e, nessa condição, poderia retirar ou imprimir a força vinculante aos precedentes judiciais por meio dos seus atos normativos.

73. Ao final, ao analisar a atual realidade dos precedentes brasileiros em contraposição ao sistema do *common law*, concluiu-se que, em que pese a assunção da posição de relevo assumida pelos precedentes judiciais no âmbito do direito brasileiro, não há falar-se em conversão da tradição jurídica brasileira no sistema do *common law*, pois, até mesmo por expressa disposição constitucional, é a lei o principal vetor de condução da vida social, além de a vinculação aos precedentes nos países adeptos daquela tradição jurídica ter se formado ao longo de séculos, o que não é o caso brasileiro.

74. Acerca do princípio da separação de Poderes, observou-se que a Constituição brasileira de 1988 o consagra como a base de formação do Estado, mas não faz de forma rígida, vez que ao longo do texto constitucional é possível vislumbrar-se diversos dispositivos que consagram o chamado do sistema de freios e contrapesos.

75. Em face dessa constatação, dois questionamentos precisaram ser respondidos para que se encontrassem a solução para a problemática: (i) a ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo por meio dos precedentes judiciais obrigatórios – no sistema jurídico brasileiro - acarretaria a violação ao princípio em tela? E (ii) seria necessária disposição constitucional expressa nesse sentido, como condição para a existência dessa vinculação?

76. Considerando o sistema normativo brasileiro vigente, a interferência de um Poder no outro é inerente ao modelo de separação de Poderes aqui adotado. É dizer, a interferência recíproca entre os Poderes, em vez de contrariar o princípio da Separação dos Poderes, o ratifica, levando-se em consideração o modelo previsto constitucionalmente.

77. Para tentar solucionar o segundo questionando, identificou-se que, ao lado dos direitos fundamentais e do pacto federativo, a separação dos Poderes compõe o núcleo duro sem o qual não há falar-se em Constituição. Ademais, Tais institutos, inclusive, foram erigidos ao status de cláusulas pétreas no direito brasileiro, vez que, de acordo como §4º do artigo 60 da Constituição de 1988, sobre tais temas não poderá sequer haver deliberação em sede de proposta de emenda que pretendam aboli-los do nosso sistema jurídico.

78. Observou-se que a instituição da observância de forma obrigatória dos precedentes judiciais pela Administração Pública, a nosso sentir, não poderia ser enquadrada como “abolição” da separação dos Poderes. Isto porque, tratar-se-ia apenas de ingerência de um Poder (o Judiciário) sobre o outro (o Executivo), o que é perfeitamente possível em face do Texto Constitucional vigente - que prevê o sistema de freios e contrapesos.

79. Como se disse, o tema relativo à separação dos Poderes trata-se de conteúdo materialmente constitucional. Isto é, qualquer tratamento jurídico a ser dado nessa seara, necessariamente, precisaria de movimentação de índole constitucional, seja a partir do texto originário, seja por intermédio do Poder Constituinte Reformador.

80. Desse modo, se a separação dos Poderes se trata de conteúdo materialmente constitucional, é inegável que somente em sede constitucional é que poderia constar eventual obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais pela Administração Pública, independentemente de a disposição ter sido emanado do Poder Constituinte Originário ou do Derivado, por meio de emenda à Constituição, neste último caso.

81. Tal assertiva pode ser corroborada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 – a chamada Reforma do Judiciário -, que acresceu ao texto constitucional o artigo 103-A, cujo conteúdo teve o condão de instituir no direito brasileiro a, hoje, já conhecida súmula vinculante, que é de observância obrigatória pela Administração Pública, direta

e indireta, federal, estadual, municipal e distrital.

82. Assim, conclui-se que o princípio da separação de Poderes não pode ser considerado óbice para que os precedentes judiciais sejam seguidos pela Administração Pública de forma impositiva. Todavia, sob a nossa ótica e considerando o arranjo institucional brasileiro atual, o princípio da separação de Poderes traria um limitador do ponto de vista formal: a obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais pelo Poder Executivo somente poderia advir por meio de regra posta na Constituição, seja em decorrência da atuação do Poder Constituinte Originário – o que não ocorreu com a Constituição de 1988 -, seja por meio de emendas constitucionais, a exemplo da Emenda Constitucional n. 45/04, que criou a súmula vinculante por meio do artigo 103-A.

83. O outro possível limitador a ser considerado é a falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que os seus membros não são eleitos pela expressão da vontade do povo, mas sim ingressam nos seus quadros, em sua maioria, por meio dos concursos públicos, o que trouxe para o presente a chamada dificuldade contramajoritária.

84. O que se evidenciou do debate é que não é o fato de os seus membros não terem sido empossados a partir do voto direto que lhe retira a legitimidade, seja porque é possível pensar em instâncias decisórias contramajoritárias, seja porque nem sempre as decisões são tomadas pela maioria, já que se verifica uma crise de legitimidade popular e representativa, pois não se verifica no parlamento a representação do povo, mas sim a representação e a manifestação de vontade de grupos de pressão.

85. O último fator limitador estudado foi a ausência de uniformidades nas decisões dos tribunais. Ou seja, a vacilação nos julgamentos que, em um dado momento decidem de uma forma e em outro – muito próximo – decidem de modo diametralmente oposto sem qualquer justificativa razoável.

86. O que se verificou foi que, em princípio, tal realidade fática seria óbice à observância dos precedentes judiciais pela Administração Pública, todavia, levando-se em consideração o atual teor do §4 do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, que impõe o dever de fundamentação todas as vezes em que o tribunal deliberadamente mudar o seu posicionamento, nos parece que tal vacilação jurisprudencial tende a ser

reduzida, se não eliminada.

87. Na sequência, embora tenha se verificado a existência do limitador formal (necessidade de está expresso no texto constitucional) quanto à vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, as recentes opções feitas pela Administração Pública Federal sugerem um movimento no sentido de que a orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, enquanto Cortes de Precedentes, deve influenciar a conduta da Administração Pública Federal de forma persuasiva.

88. Finalizamos o estudo com o estudo da eventual responsabilização do Administrador Público em face da não observância dos precedentes judiciais. Na oportunidade verificou-se que a temática pode sofrer examinada sob dois enfoques: (i) quando houver regra constitucional prevendo a observância obrigatória; e (ii) quando não houver disposição constitucional nesse sentido.

89. No primeiro caso, ante a ausência de regra constitucional vigente na atualidade, qualquer conclusão a que se possa chegar trata-se de mera hipótese. Todavia, levando-se em consideração o próprio texto do artigo 103-A, é possível pensar que eventual descumprimento de precedente judicial pela Administração Pública, quando houver obrigatoriedade de sua observância, submeterá o ato a controle do Tribunal que teve o seu posicionamento desobedecido por meio da reclamação constitucional.

90. Na segunda hipótese, inexistindo sanção expressa quanto à sua inobservância, não poderia ser cogitada qualquer responsabilidade ao Administrador Público por ter agido em desconformidade com o posicionamento firmado pelo Poder Judiciário em sede de precedentes pois não é possível haver punição, de qualquer natureza, sem que haja expressa previsão legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009;

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011;

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2005;

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011;

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, Vol. V;

BARRETO JÚNIOR, Edvaldo Costa *et al.* **Direito Processual Civil**. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (coord.). Rio de Janeiro: Editora Método, 2011;

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2004;

BEDAQUE, José dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006;

BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Extrafiscalidade tributária: pós-modernidade e legitimação do Estado Social Brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2014;

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos**

**fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014;

BINENBOJM, Gustavo. **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro.** In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 2ªed., 1ª reimpressão, Tradução: Ari Marcelo Solon, São Paulo: Edipro, 2014, 1ª reimpressão/2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997;

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso: 20 de julho de 2016 às 20hs32min;

BRASIL. Constituição (1988). **Presidência da República.** Brasília, DF, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm). Acesso em 2 de agosto de 2016 às 17hs27min;

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República,** Brasília, DF, 2016. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 15 de julho de 2016 às 23hs20min;

BRASIL. Lei nº 15.257, de 18 de novembro de 2011. Lei de Acesso à Informação. **Presidência da República,** Brasília, DF, 2016. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em 3 de setembro de 2016 às 2hs43min;

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

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores: capítulos da história jurídica europeia.** Trad. Luiz Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010;

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 3ª ed., Coimbra: Editora Almedina, 1999;

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989;

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão: José Carlos Barbosa Moreira. 2ª ed., reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, reimpresso/1999;

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpresso/2002;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 30ª ed. rev., atual. e aumen. São Paulo: Malheiros Editores, 2014;

CUNHA, Leonardo Carneiro da.; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil.** 8ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: Edições JusPodivm, 2010, vol. 3;

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo código de processo civil brasileiro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

DANTAS, Bruno. **Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado.** 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012;

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** São Paulo: Editora Atlas, 1997;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2012;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 1992;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, fevereiro/março/abril, 2007, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-MARIA%20SYLVIA.pdf>;

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 13ª ed. rev., atual e ampl., Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, Vol. 1;

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10ª ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, V. 2;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009, tomo I;

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002;

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 11ª ed., tradução: J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12ª ed., Madrid: Thomson Civitas, 2004, Tomo 1;

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo. Vol. 1.** Tradução: José Alberto Froes Cal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013;

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal.** 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005;

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 4ª ed. atual., Rio de Janeiro: Forense, 1967;

FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo.** 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 1997;

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração Pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento.** São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008;

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 5ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2013;

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009;

FREITAS, Juarez. **Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública.** Revista de Direito Administrativo, 211, Rio de Janeiro, jan./mar. 1998, págs. 117-123;

GALLOTI, Isabel; DANTAS, Bruno; FREIRE, Alexandre; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MEDINA, José Miguel Garcia (coordenadores). **O papel da jurisprudência no STJ.** 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais do Direito Público**. Tradução: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977;

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015;

HARRIS, J. W.; CROSS, Rupert. **Precedent in the english law**. 4ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2004;

HART, Herbert. L. A. **O conceito de direito**. 1ª ed. (2009), 2ª tir., tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012;

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016;

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Editora Dialética, 2002;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012;

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistemas de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed. Cândido Rangel Dinamarco (trad.). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, vol. I;

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7ª ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros Editores, 2007;

LIMA, Rogério Medeiros Garcia. **O Direito Administrativo e o Poder Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições introdutórias**. 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009;

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema.** 2ª ed. rev., atual e ampl., SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2014;

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

MARSHALL, Geoffrey. **What is binding in a precedent?** *In:* MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (coordenação). **Interpreting precedents – A comparative study.** Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997;

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública.** 3ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 28ª ed., atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Grandes temas de Direito Administrativo.** 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2010;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.**

3ª ed. 12ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. 2ª ed. 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O neoconstitucionalismo e o Direito Administrativo brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito do Estado – REDE. Salvador, n. 17, jan. /mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-CELSO%20ANTONIO.pdf>>. Acesso em 20 de novembro de 2016 às 14hs42min.

MELLO, Patrícia. **Precedentes – O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008;

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007;

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016;

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014;

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução: Jean Melville. 2ª reimpressão. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2005;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Editora Forense;

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito**

**Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008;

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008

NEVES, Antônio Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1983;

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante.** São Paulo: Editoria Saraiva, 2010;

NUNO, Piçarra. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra Editora, 1989;

PEREIRA, Paula Pessoa. **Legitimidade dos precedentes: universabilidade das decisões do STJ.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa Julgada e Precedente.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** Coimbra: Almedina, 2007;

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.** Campinas: Servanda Editora, 2010;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo.** Coimbra: Editora Coimbra, 1940;

QUINTAS, Fábio Lima. **Mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Editora Saraiva, 2016;

QUINTAS, Fábio Lima. **Juízes-administradores: a intervenção judicial na**

**efetivação dos direitos sociais.** Revista de Informação Legislativa - RIL, Brasília, ano 53, n. 209, separata, janeiro/março, 2016;

QUINTAS, Fábio Lima. **O juiz como última instância da Administração pública: o impacto do ativismo judicial na ordenação do direito e da função administrativa.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, págs. 245/261, out./dez., 2011;

RIVERO, Jean. **Curso de Direito Administrativo Comparado.** Tradução: José Cretella Júnior, 2ª ed. rev., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social: texto integral.** Tradução: Ana Resende. São Paulo: Editora Martin Claret, 2013;

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: qu`est-ce que le Tiers État?.** 4ª ed., Tradução: Norma Azevedo, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001;

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil.** 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010;

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005;

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3ª ed. rev. e atual. de acordo com o novo CPC, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos.** 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2014;

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015;

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Saraiva, 1975;

TALAMINI, Eduardo. **Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto.** São Paulo: tese

apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008;

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. *RePro*, n. 199. São Paulo: Editora RT, 2011;

TESHEINER, José Maria Rosa. **Poder Judiciário**. *Ajuris – Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, n. 51, 1991;

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015;

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Súmula vinculante: desastre ou solução**. *In: Estudos em Homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RePro 98*, abr.-jun., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000;

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 7ª ed. rev. com alterações, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014;

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: Edições JusPodivm, 2015;

ZANETI JR., Hermes. **A Constitucionalização do Processo**. 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014;

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.