

A Teoria dos Precedentes como Balizas para Atuação Discricionária nos Colegiados Administrativos

Rafael Cavalcante Cruz*

Introdução. 1 Colegiado administrativo caracterizado pela constante mudança em sua composição e o decisionismo. 2 A ponderação de bens enquanto método hermenêutico insuficiente no âmbito da decisão dos colegiados administrativos. 3 Teoria dos precedentes como instrumento para amenizar o decisionismo e arbitrariedade nos colegiados administrativos. Considerações finais. Referências.

Resumo

O presente estudo analisa a atuação dos colegiados administrativos cuja decisão deveria observar os precedentes do próprio colegiado como um paradigma para os limites discricionários das decisões e controle do ato administrativo. Os precedentes têm sido um instrumento para se evitarem ou minimizarem arbitrariedades das decisões. Essa metodologia poderia ser uma forma para afastar o subjetivismo e o decisionismo no âmbito das decisões administrativas colegiadas. Nossa pesquisa irá observar a origem e função do precedente e a necessidade de sua aplicação nos colegiados administrativos. O presente estudo tem por objetivo observar a necessidade de observância dos precedentes nos colegiados administrativos.

Palavras-chave: Teoria dos precedentes. Decisões administrativas colegiadas. Decisionismo. Subjetivismos. Controle do ato administrativo.

* Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Economia pela Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Direito Constitucional nas relações privadas pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Fortaleza. Especialização em Direito Constitucional pela UNISUL//IDP. Especialização em Direito Constitucional pela Faculdade Legale. MBA em gestão pela Saint Paul. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza com Extensão em Direito pela Universidad de Oviedo – ES. Tabelaio. *E-mail:* cavalcantecruzrafael@gmail.com.

The theory of precedents as limits for discretionary action in administrative colleges

Abstract

This study analyzes the performance of administrative boards whose decision should observe the board's own precedents as a paradigm for the discretionary limits of decisions and control of the administrative act. Precedents have been an instrument to avoid or minimize arbitrary decisions. This methodology could be a way to dispel subjectivism and decisionism within the scope of collegiate administrative decisions. Our research will look at the origin and function of the precedent and the need for its application in administrative bodies. This study aims to observe the need to observe precedents in administrative boards.

Keywords: *Theory of precedents. Collegiate administrative decisions. Decisionism. Subjectivisms. Control of the administrative act.*

Introdução

O presente estudo tem como objeto uma pesquisa sobre as decisões dos colegiados administrativos no Brasil. A percepção do atual modelo de formação dos julgadores e a respectiva ausência de prerrogativas de independência podem deixar essas decisões expostas a critérios subjetivos e pressões externas. Assim, há um risco da imparcialidade das decisões em decorrência dos colegiados administrativos, em regra, serem caracterizados por um mandato de curta duração, ausência de estabilidade, indicações com critérios políticos e até ausência de rigorosa qualificação técnica.

Nessa perspectiva, busca-se problematizar que as decisões no âmbito de colegiados administrativos podem se inclinar para subjetivismo, decisionismo e até uma certa arbitrariedade contra os administrados. Esses elementos são desfavoráveis à sociedade e ao Estado Democrático de Direito. O modelo de formação dos próprios colegiados administrativos de todos os poderes deveria ser reconstruído para que possa estar mais bem alinhado ao Estado Democrático de Direito.

Entretanto, enquanto essas mudanças estruturais não ocorrem, apontam-se alguns instrumentos para suavizar esses possíveis efeitos indesejados. Indicam-se instrumentos hermenêuticos para que seja possível minimizar o subjetivismo e o decisionismo nas decisões de colegiados administrativos.

Faz-se necessário, antes de adentrar na problemática, uma breve percepção sobre os instrumentos hermenêuticos que serão analisadas como instrumentos viáveis para a solução da problemática. Será averiguada a ponderação de bens e a teoria dos precedentes. Observa-se sua historicidade, sua aplicação, seus resultados e suas críticas por pesquisadores.

Será observado qual experiência de técnica hermenêutica poderia conceber o resultado almejado. Assim verificar-se-ia qual técnica teria melhor característica para se obter decisões no âmbito de colegiados administrativos que oferecessem mais racionalidade às decisões. Dessa maneira se proporcionam balizas à atuação discricionária de tais órgãos de forma mais estreita e alinhada com os princípios decorrentes da ordem constitucional vigente.

Entre esses fatores, estudam-se a formação e as características dos colegiados administrativos com base nos ensinamentos de Rodrigo Bordalo em sua obra os órgãos colegiados no direito administrativo, o

risco que essa formação dos colegiados poderia causar as decisões, bem como as técnicas adequadas que possam alinhar essas decisões à força normativa da Constituição (HESSE, 1991).

O trabalho tem como objetivo indicar uma técnica de interpretação como instrumento para racionalizar as decisões administrativas dos colegiados administrativos para que se evitem decisões subjetivas, decisionismo e arbitrariedade. Dessa forma, o administrado poderia ter mais segurança jurídica, uma vez que as decisões administrativas tenderiam para a imparcialidade.

A metodologia utilizada quanto ao objetivo é descritiva. Quanto aos procedimentos, o estudo classifica-se como bibliográfico e documental. Assim, abordam-se as possíveis distorções das decisões dos colegiados administrativos e os instrumentos que garantam uma maior observância dos direitos e garantias fundamentais dos administrados, por meio de instrumento de hermenêuticas adequadas para que se alcance o resultado esperado.

I Colegiado administrativo caracterizado pela constante mudança em sua composição e o decisionismo

A Constituição Federal assegura o devido processo legal em seu artigo 5º, LIV. Essa garantia fundamental de 1ª dimensão foi uma conquista histórica, que deveria ser observada tanto no âmbito jurisdicional como no administrativo.

No âmbito jurisdicional, essa garantia fundamental pode ter um ambiente mais propício para ser observada, tendo em vista, entre outros fatores, as prerrogativas atribuídas aos magistrados pela Constituição Federal. Contudo, no âmbito administrativo, há peculiaridades na formação e na atuação dos órgãos julgadores que podem fragilizar o devido processo legal e outros direitos e garantias fundamentais.

Não obstante o sistema francês de contencioso administrativo não ter sido adotado no Brasil (Bandeira de Mello, 2007), pois há a incidência do princípio da inafastabilidade jurisdicional, artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, diversas matérias podem ser decididas em órgãos julgadores administrativos. Em boa parte dos casos, o respectivo recurso irá para colegiados administrativos.

Esses colegiados administrativos são formados por julgadores que não detêm as prerrogativas da magistratura, o que fragiliza sua independência e imparcialidade. A forma de ingresso nesses colegiados nem sempre decorre de critérios objetivos e meritocráticos. Assim, há uma maior exposição à influência indevida nas decisões desses órgãos.

Ressalte-se, ainda, uma alta rotatividade em sua composição e, com isso, uma mudança constante em sua composição e, muitas vezes, na formação dos entendimentos, podendo construir um ambiente de imprevisibilidade. Ademais, pode haver uma ausência de autonomia perante a alta gestão ou mesmo uma acentuada influência do poder hierárquico nos órgãos administrativos, o que compromete a autonomia. Contudo, a atual experiência da ordem constitucional vigente tende a se afastar desse modelo estatal hierárquico-burocrático, como observa Rodrigo Bordalo em sua obra *Os Órgãos Colegiados no Direito Administrativo Brasileiro*:

Neste contexto, verifica-se o abandono do modelo estatal hierárquico-burocrático weberiano, de modo a enfraquecer a ênfase organizacional conferida à figura da hierarquia administrativa. O fenômeno descrito decorre de um reforço às autonomias, compreendidas como instâncias estruturais administrativas dotadas de maior independência. Segundo Caetano, autonomia e hierarquia são termos antônimos. “Enquanto a hierarquia pressupõe a subordinação de uns

órgãos a outros, a autonomia quer dizer competência do órgão para decidir sem receber ordens nem ficar dependente de qualquer outro órgão, guiando-se apenas pela lei e pelo seu próprio critério de boa administração”. Desta forma, pode-se efetivamente reconhecer a ocorrência de uma proliferação de centros administrativos decisórios, imunes à hierarquia e aos poderes dela decorrentes. (BORDALO, 2016, p. 75)

Cabe mencionar que mesmo colegiados independentes, como cortes constitucionais, segundo Jorge Reis Novais, podem se inclinar não para uma imparcialidade, mas para um decisionismo de certas matérias conforme o subjetivismo e as convicções dos julgadores que formam aquela corte naquele dado instante (REIS NOVAIS, 2010). Logo, se até cortes constitucionais estariam sujeitas a esse tipo de subjetivismo, poderia se questionar com qual intensidade o decisionismo pode ocorrer em colegiados administrativos.

Esses órgãos administrativos, em especial no âmbito do Poder Executivo, são compostos, em regra, por julgadores escolhidos de forma nem sempre objetiva e imparcial. Alguns desses julgadores não têm a formação técnica e a experiência para a matéria objeto de estudo, além de serem desprovidos de prerrogativas que os protejam de ingerências externas para o exercício de um mandato que muitas vezes tem um lapso temporal curto.

Assim, o que se observa são colegiados administrativos com mandatos de dois anos, cuja alta alternância em sua composição pode ganhar um colorido ideológico daquele instante em suas decisões. Logo, o administrado poderia ficar exposto ao risco do decisionismo ou mesmo da arbitrariedade da composição atual.

Ressalte-se que esse cenário não contribui para a concretização dos princípios constitucionais que deveriam reger a administração pública. Recorde-se que a atuação da administração deveria ter mais estabilidade e observar, ainda, o disposto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, no que tange ao princípio da impessoalidade, que diz:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Poderia se questionar como o administrado esperaria que o princípio da impessoalidade fosse obedecido diante do modelo de colegiado administrativo adotado. Não se pode deixar de mencionar que, de fato, alguns colegiados administrativos, por força legal, cercam-se de um pouco mais de prerrogativas e exigem uma maior qualificação técnica de seus membros.

Assim, estes conseguiriam, em tese, exercer suas funções com um pouco mais de imparcialidade, como é o caso das agências reguladoras. Embora ainda haja o risco de captação pelos agentes econômicos que orbitam no setor de atuação dessas agências. O risco da teoria da captura, ou *revolving door*, é o fenômeno que ocorre quando o órgão regulador é capturado por aqueles que orbitam aquele setor.

Contudo, muitos colegiados têm um modelo que fragiliza sua própria atuação. Isso pode comprometer os direitos e garantias fundamentais dos administrados, além de restringir indevidamente os princípios constitucionais que regem a atuação administrativa. Portanto, decisões administrativas que se distanciam dos princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito, podem vir a ter sua própria legitimidade questionada, uma vez que a decisão administrativa deveria se legitimar, já que concorre para a garantia dos direitos fundamentais e se fundamenta na ordem constitucional vigente. (FERRAJOLI, 2002).

Nesse diapasão, as pessoas naturais e jurídicas não deveriam estar sujeitas a órgãos administrativos que a cada dois anos decidem a mesma matéria de acordo com suas convicções pessoais e com sua régua moral, ofertando, de forma disfuncional, para a sociedade e para a economia muito subjetivismo, imprevisibilidade, decisionismo, arbitrariedade que podem desaguar na descrença do exercício da função administrativa. De tal maneira que, no caso *Velaz Loor vs. Panamá*, a respeito do tema, a Corte Interamericana já determinou que:

108. Este Tribunal considera que, para satisfacer la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en materia migratoria, la legislación interna debe asegurar que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales cumpla con las características de imparcialidad e independencia que deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, el Tribunal ya ha establecido que dichas características no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos.

Portanto, a ausência de imparcialidade e independência, mesmo em órgãos administrativos, deve ser evitada, pois haveria uma redução de forma indevida da eficácia dos direitos e garantias fundamentais e um arriscado distanciamento da atuação administrativa do próprio Estado Democrático de Direito.

Diante do cenário apresentado, o presente estudo teria por objeto apontar como suavizar essa situação enquanto não houvesse uma reformulação do modelo nos colegiados administrativos ou do próprio modelo da estrutura administrativa.

Indica-se como as experiências de instrumentos hermenêuticos, em especial a teoria dos precedentes, poderiam ser utilizadas. Enquanto não houvesse a reformulação desse modelo e como esses métodos, poderiam ser um instrumento para que, pelo menos, fossem atenuados o subjetivismo, o decisionismo e a arbitrariedade das decisões nos colegiados administrativos.

Dessa forma, será abordado como a utilização de métodos hermenêuticos tenderá a dar mais racionalidade nas decisões administrativas colegiadas. O intuito será demonstrar que o uso de certas técnicas fará com que as decisões tenham mais segurança, estabilidade, coerência e previsibilidade. Portanto, essas técnicas poderão aperfeiçoar o sistema de decisões administrativas em colegiados. Isso contribuirá para os objetivos fundamentais do programa constitucional estabelecido em 1988.

2 A ponderação de bens enquanto método hermenêutico insuficiente no âmbito da decisão dos colegiados administrativos

Os métodos hermenêuticos poderiam ser instrumentos para se atribuir um caráter mais racional, previsível e impessoal às decisões nos colegiados administrativos. Contudo, deveria se verificar quais métodos ou técnicas poderiam cumprir melhor essa função no âmbito dos colegiados administrativos.

Inicialmente, pode-se analisar a ponderação de bens como método hermenêutico para cumprir essa função almejada. Avalia-se, de forma breve, a sua historicidade, seus resultados e as críticas a esse método, para verificar se seria um caminho adequado para melhor cumprimento dos direitos e garantias fundamentais nas decisões dos colegiados administrativos.

Na Alemanha pós-guerra, a ponderação de bens, herdeira da metodologia científico-espiritual, da teoria dos valores e da teoria da integração (Smend) surgiu como um contraponto da

interpretação da Savigny (Teoria/Tiranía Hart). Assim afastando-se do positivismo clássico e de sua instrumentalização pelo Estado Alemão, que perpetró horrores na guerra. (REIS NOVAIS, 2010, pág. 678)

O Caso Luth, segundo Robert Alexy, foi o caso emblemático na Corte Constitucional alemã, que aplicou a ponderação quando Erich Luth levantou um boicote contra um filme do diretor que fez filmes antissemitas. Tribunais inferiores decidiram obrigar o sr. Luth a se abster de atos de boicote, pois isso seria contra a moral e os bons costumes por um aspecto civil. A Corte Constitucional alemã disse que todo ordenamento deveria ser interpretado à luz da Constituição, em especial do direito fundamental (ALEXY, 2002).

Assim houve a ponderação de bens e observação dos direitos fundamentais como uma linha de defesa do cidadão, bem como a sua irradiação por todo o ordenamento. Logo a ponderação de bens foi vista como categoria-chave da dogmática dos direitos fundamentais (SILVA, 2005).

Contudo, foram feitas muitas críticas à possibilidade de restrição de liberdades sem previsão constitucional. Críticas, ainda, sobre a metodologia de ponderação em direito constitucional e as específicas das restrições de direitos fundamentais. Esta última utiliza principalmente o recurso de ponderação de bens.

A discussão americana trata da crítica da metodologia da ponderação interesses, a ausência de linhas seguras que regulem ou orientem a solução dos casos de restrição de direitos fundamentais, a imprevisibilidade associada ao resultado dessa desregulação, a manipulação dos métodos e as consequências ameaças a proteção aos interesses de liberdade protegidos pela norma constitucional.

Contudo, em algum aspecto a ponderação se torna inevitável. Seja categorização absolutista e não absolutista, trataria da possibilidade de se fazerem categorias abstratas para casos futuros. Dessa forma, os interesses seriam ponderados em abstratos. Jorge Reis Novais ensina que seria ilusória a pretensão de se fazer uma análise abstrata de todas as ponderações. Percebendo que a ponderação é inevitável, importante seria buscar um método para tentar trazer mais segurança, mais previsibilidade e igualdade (REIS NOVAIS, 2010, p. 695).

Convém mencionar ainda que não há possibilidade de escalonamento de valores na Constituição. A Constituição elencou infindáveis direitos sociais e seria muito difícil escaloná-las. Apesar de alguns pontos se imaginar uma certa escolha por preponderância de certos direitos quando, por exemplo, proibição de se restringir ou suspender certos direitos mesmo no estado de sítio. Talvez seria uma indicação de uma preponderância, todavia não se pode indicar concretamente que exista um escalonamento de relevância de direitos na Constituição.

Assim, algumas decisões de certos temas em momentos distintos nas mais diversas cortes constitucionais indicam que não há uma preponderância de um direito sobre o outro. Ressalte-se que o caso de interrupção de gravidez foi quando foi analisado pela Suprema Corte Americana, pelo Tribunal Constitucional português e pelo Tribunal Constitucional alemão. A análise da matéria teve mais ligação com o espírito e valores da corte quando se vivia naquela decisão do que com a relevância dos valores previstos nas Constituições, revelando decisionismo, em especial, na experiência americana (REIS NOVAIS, 2010, pág 725). Em suas respectivas proporções, o problema é reproduzido nos colegiados administrativos do Brasil, em que a composição do momento ditará o norte da decisão.

Assim, as colisões entre direitos fundamentais, segundo Canotilho, em caso de dúvida, teria que seguir alguns critérios tais como: se dê a maior efetividade, maior amplitude e restrinja o menos possível. Em um Estado em que se promova o direito fundamental, como o Estado Democrático de Direito, não se terá sempre a prevalência da liberdade em colisão com outros bens constitucionais.

Logo, a perspectiva do *in dubio pro libertate* não seria absoluta ou uma solução para todos os casos em que haja oposição com outros bens constitucionais.

Cabe mencionar que mesmo o direito à vida, invocado como paradigma de valor constitucional supremo, não escapa da análise, dependendo do caso concreto. No caso em que o direito à vida colide com o direito à vida de diferentes titulares, deve ser feita uma análise do caso concreto com base em alguns critérios. Assim, as restrições de direitos fundamentais têm que observar a questão dos limites dos direitos fundamentais aplicáveis a qualquer restrição (ALEXY, 2002). Uma decisão de ponderação não poderia violar princípios de igualdade, proibição do excesso, ou da proporcionalidade (nas suas dimensões), razoabilidade, proteção à confiança, determinabilidade da restrição e da reserva de lei.

Assim, a colisão do direito fundamental seria uma metodologia aberta, não para ser um decisão arbitrária ou irracional, mas uma que não tem uma solução prévia. Direito fundamental e ao conjunto de valores constitucionais, entendido não como ordem hierarquizada e escalonada, mas como conjunto de valores que se relacionam e limitam entre si.

Portanto, a pretensa argumentação de ponderação com ponderação de bens no caso concreto para solução de colisões de direitos fundamentais incorre em decisões casuísticas, às vezes com irracionalidade e até certo grau de arbitrariedade, que prejudica a segurança jurídica necessária para a restrição da liberdade individual pelo Estado de Direito.

Não obstante, esse método possibilita a concretização de direitos fundamentais alterando a realidade pela decisão do administrador (MÜLLER, 2009). Não seria adequado para solução da problemática nas referidas decisões administrativas, pois apenas descreveria a situação e levaria os fundamentos da decisão para a mesma seara subjetiva.

Assim, observa-se, com base na concordância prática de que a Constituição é formada por unidade harmônica, assim os bens protegidos devem se coordenar uns com os outros, portanto eventuais colisões entre esses bens se deveria ter uma decisão com base na proporcionalidade que atingisse uma decisão ótima entre esses bens. Otimizando e garantindo ambos os direitos e evitando o que seria uma “precipitada ponderação de bens”.

Tendo em vista a fragilidade desse tipo de solução, seria indicada não a exclusão dos bens constitucionais, mas a busca pela concordância prática, afastando-se dos padrões subjetivos e indo para padrões objetivos constitucionais. A concordância prática seria uma solução entre os métodos. Contudo de resultados duvidosos para o caso em análise.

Conclui-se que, conforme exposto, a ponderação de bens não seria o instrumento hermenêutico para contribuir com o desafio a ser enfrentado no âmbito dos colegiados administrativos. Possivelmente esse método seria insuficiente para atenuar os resultados indesejados desses colegiados.

3 Teoria dos precedentes como instrumento para amenizar o decisionismo e arbitrariedade nos colegiados administrativos

A teoria dos precedentes teve sua origem numa cultura de *commow law*. Contudo tem havido uma maior comunicação entre as tradições jurídicas, com isso tem repercutido também nos métodos de hermenêutica, assim tem se buscado a utilização dela no *civil law*.

A busca pela racionalidade das decisões indica a teoria dos precedentes como um caminho a ser seguido. Com base nos ensinamentos de Thomas Bustamante, deve-se entender o que seria a *ratio decidende* e o *obter dictum*, bem como os casos da não aplicação dessa teoria em face do *overruling* e *distiguish*.

Não obstante a teoria ser voltada para decisões judiciais, será indicado que poderia ser uma técnica para decisões administrativas em grau de recurso nos colegiados administrativos. Desse modo, buscar-se-ia atingir os resultados almejados na sua aplicação para decisão judicial.

Assim, no âmbito jurisdicional, os precedentes judiciais seriam a observância de uma decisão judicial a ser aplicada para os casos concretos com a mesma essência. Ou seja, situações parecidas teriam uma decisão parecida anterior, usada como paradigma. Isso ocorre por meio da *ratio decidendi*, como ressalta Lenio Luiz Streck:

O precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogos-similares. Ou seja, não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem “obediência hermenêutica”. Há, sim, uma diferença qualitativa, que sempre surgirá a partir da *applicatio*. (STRECK, 2013, p. 42-43)

Dessa forma, a utilização para a técnica tem sua origem para processos judiciais do sistema do *common law*. Sendo, pela própria definição de Thomas Bustamante, uma decisão judicial prévia que o juiz irá avaliar para fazer sua decisão (BUSTAMANTE, 2007, p. 300), a *ratio decidendi* seria a razão de decidir daquele caso, que servirá de paradigma para os seguintes. Thomas da Rosa de Bustamante entende que:

Tal reconstrução pressupõe, antes de tudo, uma ferramenta analítica para elucidar a estrutura das decisões judiciais e revelar todas as premissas normativas contidas em sua fundamentação. Tal ferramenta analítica pode ser a enunciação formal dessas premissas normativas sob a forma de silogismos práticos, isto é, silogismos “cuja premissa maior e cuja conclusão não são enunciados que se assume exprimirem proposições apofânticas, mas enunciados que se assume exprimirem proposições prescritivas [Chiassoni 1999:152]. (BUSTAMANTE, 2012, p. 278)

Existem algumas teorias que se propõem a discutir o que deve ser analisado para se encontrar a *ratio decidendi* e se distinguir da *obiter dictum*, segundo Luiz Henrique Barbante Franzé:

Pela teoria de Eugene Wambaugh (conhecida como teoria clássica), a “*ratio decidendi*” será a proposição necessária para uma decisão; Pela teoria de Herman Oliphant, a “*ratio decidendi*” serão os fatos existentes nos autos que estimularam a resposta do tribunal, devendo ser ignorado o trabalho mental usado, na decisão, pelo juiz; Pela teoria de Arthur Goodhart, a “*ratio decidendi*” consiste nos fatos que o juiz considerou como fundamentais (“*material facts*”) para a sua decisão. (Franzé, 2016, pag 55-71)

Ao passo que *obiter dictum* (nascido para morrer) seria por exclusão aquilo que não seja *ratio decidendi*, ou seja, aquela narrativa argumentativa que pode ser evoluída e que não será vinculante, o *obiter dictum*, portanto, são fundamentos para se chegar àquela conclusão, mas que não seriam vinculantes.

Haveria, ainda, de se atentar para os casos em que não se aplicaria o precedente. Seria nos casos de *distinguish* e *overruling*. Aquele seria quando o caso concreto fosse diferente do caso paradigmático, sendo essa diferença significativa. Logo não caberia uma argumentação vazia no sentido de que cada caso é um caso. Deve, assim, a distinção do caso ser realmente considerável.

Quanto ao *overruling* seria a superação do precedente, entretanto deve haver um fundamento relevante para essa evolução de entendimento. Haja vista que, se fosse possível o uso do *overruling*

sem um critério relevante, estar-se-ia novamente adentrando no campo do subjetivismo e do decisionismo. Assim, espera-se uma mudança legislativa ou uma outra inovação relevante.

Isso posto, a teoria dos precedentes tende a oferecer racionalidade nas decisões, pois limita a atuação discricionária do julgador. Assim irá tentar conter a arbitrariedade das decisões. Essa técnica pode prevenir pressões externas que possam inclinar sobre os julgadores administrativos na medida em que não teriam uma ampla margem de decisão, apenas seguir precedentes para os mesmo casos. E teria a função interna de tolher uma impessoalidade do próprio julgador, tendo em vista que não poderia decidir contra o colegiado para perseguir desafetos políticos ou favorecer apaniguados.

Portanto, o precedente de colegiados administrativos teria a finalidade de conceder racionalidade e impessoalidade nas decisões administrativas colegiadas, servindo de parâmetro para as decisões administrativas de primeiro grau administrativo feitas por servidores que deveriam, em regra, também observar o precedente da instância administrativa superior.

Não se desconhece que alguns colegiados administrativos, como os tribunais de Contas, têm um vasto repertório de decisões, alguns teriam jurisprudência e enunciados de súmulas, que apesar de serem institutos distintos dos precedentes também caminham para a mesma finalidade.

Entretanto, muitos colegiados administrativos em todos os poderes não têm tido a cautela e o zelo de olhar e compilar suas próprias decisões com a seriedade de se buscar manter a coerência de seus precedentes. Assim, adota-se um caminho de volubilidade casuística de oportunidade e conveniência. Isso debilita os direitos fundamentais que a própria administração pública deveria garantir.

Portanto, a força normativa da Constituição, no que tange à impessoalidade da administração pública, deveria ser observada nas decisões de colegiados administrativos (HESSE, 1991). Nessa linha, as alterações legislativas têm sinalizado a necessidade de se atribuir racionalidade e previsibilidade às decisões administrativas, senão vejamos os artigos que foram alterados da Lei de Introdução Normas do Direito Brasileiro:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Parágrafo único. (VETADO).

(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

(Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Percebe-se que os artigos revelam um apreço pela previsibilidade e pela segurança jurídica do administrado. Assim, há uma preocupação com as mudanças de entendimentos, impondo uma regime de transição. Ou seja, observa-se que, apesar de não se ter proibido a alteração dos entendimentos,

cria-se uma expectativa em casos que assim ocorram de que haja um respeito com o administrado. Dessa maneira, essa norma revela também um apreço com a manutenção da previsibilidade por meio de uma harmonização das decisões passadas e futuras. O que reforça a relevância da aplicação da teoria dos precedentes como um instrumento de previsibilidade aos administrados.

Cabe ressaltar, ainda, que a aplicação da teoria dos precedentes em decisões administrativas que, em tese, já observaram os princípios da atuação administrativa, como os previstos na Lei 9.784/1999, que seriam: os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Reforçam a percepção que os princípios basilares uma vez seguidos por uma composição do colegiado continuam a ser seguidos independentemente da mudança da composição dos membros do mesmo colegiado. Assim, a administração pública funcionaria como um agente de concretização de direitos fundamentais que oferece segurança jurídica e estabilidade aos administrados.

Ante o exposto, conclui-se que essa técnica de precedentes pode ser um caminho coerente para que haja maior critério nas decisões de colegiados administrativos, que são marcados, muitas vezes, por uma composição de caráter político e alta alternância. Assim, empregar-se-ia mais estabilidade, previsibilidade e integridade nas decisões administrativas de órgãos colegiados. Portanto, ter-se-ia uma atuação administrativa mais condizente para o cumprimento dos objetivos fundamentais da Constituição.

Considerações finais

A formação dos colegiados administrativos para decidir sobre matérias administrativas tem revelado uma composição de julgadores sem prerrogativas que reforcem a independência e a imparcialidade. Por conseguinte, as decisões desses colegiados podem ter o colorido característico dos julgadores que naquele instante ocupam a função ou, ainda, da alta gestão daquele momento histórico.

Assim, as decisões desses colegiados administrativos podem ficar expostas a subjetivismo, decisionismo e até arbitrariedades. Isso pode restringir os direitos fundamentais dos administrados e tolher a força normativa da Constituição (HESSE, 1991), além de se afastar do entendimento firmado da Corte Interamericana de Direito Humanos no caso *Velaz Loor vs Panamá*.

Enquanto não haja uma reestruturação do modelo administrativo atual, podem-se indicar instrumentos hermenêuticos para amenizar essas consequências indesejadas. Mencionam-se a ponderação de bens e a teoria dos precedentes. Como foi observado, aquela teoria se revela insuficiente para os resultados almejados, ao passo que esta evidencia uma técnica mais alinhada para que o programa constitucional seja cumprido.

Portanto, a teoria dos precedentes é um critério de racionalidade das decisões, isso decorre da necessidade da estabilidade do sistema em se ter decisões que sejam coerentes e estáveis no ordenamento jurídico. Logo, uma decisão só seria distinta em casos semelhantes se houver uma relevante razão que justifique. (ALEXY, 2014).

Dessa maneira, atenua-se o indesejado decisionismo, a parcialidade e a arbitrariedade, que podem impregnar certas decisões de colegiados administrativos. Assim, afasta-se ou ameniza-se o erro pelo subjetivismo induzido por ideologia partidária daquele instante.

Destarte, os precedentes podem atribuir mais racionalidade, coerência e integridade a essas decisões administrativas. Preservam-se direitos e garantias fundamentais, além de obedecer aos

princípios administrativos constitucionais. Observa a *ratio decidendi* do precedente convergindo para uma estabilidade independente do corpo do colegiado que se alterna naquele órgão administrativo julgados.

Conclui-se que as medidas indicadas neste trabalho podem contribuir para uma construção de um Estado Democrático de Direito mais sólido, em que a conduta estatal se legitima e se fundamenta no próprio ordenamento jurídico com a observância dos direitos fundamentais na aplicabilidade da norma de forma estável e previsível.

Referências

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MacCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). **Interpreting Precedents: a Comparative Study**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Teoría de la argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza. Segunda edición en español. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

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

BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOCHENEK, A. C. **Os precedentes e o processo civil no Brasil e nos EUA**. BDJur, Brasília, DF, dez. 2010. Acesso em 15 jan. 2014 às 17 horas.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica**. 2007. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

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

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

- CARBONELL, Miguel (org). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006.
- COLE, Charles D. “**Precedente Judicial – A Experiência Americana**”. Revista de Processo. São Paulo, Vol. 23, Nº. 92, 1998.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010. COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.
- CROSS, Rupert; HARRY, J. W. **Precedent in English Law**, 4ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. **Aspectos básicos da súmula vinculante**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1. Região, Brasília, v. 23, n. 4, p. 29-34, abr. 2011.
- GUASTINI, Ricardo. **IL diritto come linguaggio**. Torino: Giappichelli, 2001.
- HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 4.ed. Lisboa: Calouste Guibenkian, 2005.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. Tradução de Agnes Cretella, José Cretella Júnior. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LARENZ, Karl. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 2ª ed. Berlin-Heildeberg: Springer, 1992.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.
- REIS NOVAIS, Jorge. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**, 2a. ed., Lisboa, AAFDL, 2016.
- REIS NOVAIS, Jorge. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**, 2a. ed., Lisboa, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini, 2.ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINEMBOJN, Gustavo (Orgs.) **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – O precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** 3.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. **Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro.** 2012. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WEBER, M. **Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva.** Brasília: UnB, vol. 2. 1999.