

GUSTAVO MARINHO DE CARVALHO

PRECEDENTES
ADMINISTRATIVOS
NO DIREITO BRASILEIRO

São Paulo

2015



Copyright © EDITORA CONTRACORRENTE

Rua Dr. Cândido Espinheira, 560 | 3º andar
São Paulo – SP – Brasil | CEP 05004 000
www.editoracontracorrente.com.br
contato@editoracontracorrente.com.br

Editores

Camila Almeida Janela Valim
Gustavo Marinho de Carvalho
Rafael Valim

Conselho Editorial

Augusto Neves Dal Pozzo
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Daniel Wunder Hachem
(Universidade Federal do Paraná - UFPR)

Emerson Gabardo
(Universidade Federal do Paraná - UFPR)

Gilberto Bercovici
(Universidade de São Paulo - USP)

Heleno Taveira Torres
(Universidade de São Paulo - USP)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
(Universidade de La Coruña – Espanha)

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono
(Universidade Nacional de Comahue – Argentina)

Pedro Serrano
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Silvio Luís Ferreira da Rocha
(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)

Equipe editorial

Cristina Freitas (revisão)
Denise Dearo (design gráfico)
Mariela Santos Valim (capa)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

C3313 Carvalho, Gustavo Marinho de.

Precedentes Administrativos no Direito Brasileiro | Gustavo Marinho de Carvalho
– São Paulo, Editora Contracorrente, 2015.

ISBN: 978-85-69220-00-8

Inclui bibliografia

1. Direito. 2. Precedentes. 3. Precedentes administrativos no Direito Brasileiro.
I. Título.

CDU - 342.9

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

*Aos meus pais, CLÓVIS e TÂNIA,
à minha irmã JULIANA, e à minha querida GISELE*

AGRADECIMENTOS

Não é fácil exteriorizar publicamente em palavras o sentimento de gratidão que toma conta da minha alma neste momento.

Sentimento este que não se restringe às pessoas que nomearei logo mais. Devo estendê-la também à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que tão bem me acolhe desde o início das minhas aulas na graduação. Ter construído a minha carreira acadêmica nesta instituição é, sem dúvida alguma, um motivo de orgulho para mim.

Outra dificuldade em agradecimentos é se olvidar de alguém que direta ou indiretamente contribuiu para que este trabalho pudesse ter sido realizado. Mas assumirei este risco, desculpando-me desde já por eventual esquecimento.

Agradeço aos meus queridos pais, CLÓVIS e TÂNIA, por todo o amor, dedicação, paciência, incentivo e confiança desde o meu primeiro dia de vida. Sem vocês, eu não teria alcançado este objetivo. Muito obrigado por tudo, vocês são o meu maior exemplo de vida.

À minha irmã JULIANA, companheira inestimável, que sempre me incentivou nos momentos mais difíceis de minha vida e que se revela hoje um exemplo de empenho e retidão.

Aos meus avós, CLETO MARINHO DE CARVALHO (*in memoriam*), IDATY MARINHO DE CARVALHO, LUVERCY PUCCI (*in memoriam*), JEANNETE CARITTE

GUSTAVO MARINHO DE CARVALHO

PUCCI (*in memoriam*), todos fundamentais para a minha formação, exemplos de ternura, responsabilidade e respeito ao próximo.

Aos meus tios e tias CLETO, NELSON, SÉRGIO, MARTA, VERA, FLÁVIA, VALÉRIA e LORY, que sempre me apoiaram.

Aos meus primos ADRIANA, ALEXANDRE, CINTHIA, ALESSANDRO, LUCIANO e CRISTIANE, com quem vivi e vivo momentos inesquecíveis.

À minha querida GISELE, doce companheira, que soube compreender meus momentos de solidão e ausência. Muito obrigado pelo incentivo, pelo carinho e por todo o apoio que me dá desde o dia em que nos conhecemos.

A todos os meus amigos de faculdade, aqui representados por CARLOS EDUARDO GALHARDI DI TOMMASO, CAMILA VALIM, GUILHERME LUNA, e RAFAEL VALIM. Ao RAFAEL, agradeço especialmente por todo apoio, incentivo, dicas, pelas inúmeras conversas que tivemos ao longo destes últimos anos, além da leitura atenta e crítica deste trabalho.

Aos amigos de colégio, EDUARDO, LUÍS FERNANDO e LUCIANO.

Aos amigos de mestrado, FLÁVIA CAMMAROSANO, LUIZ FERNANDO PRUDENTE DO AMARAL, MÁRIO JOSÉ CORTEZE e TÔNIA CHALU, pelo companheirismo, dentro e fora do ambiente acadêmico, e pelas profícuas discussões.

Aos amigos, ANGÉLICA PETIAN, AUGUSTO NEVEZ DAL POZZO, BRUNO AURÉLIO, EDUARDO PEREIRA DE SOUZA, JOÃO NEGRINI NETO e PERCIVAL JOSÉ BARIANI JUNIOR, com quem não tive a honra de dividir os bancos acadêmicos, mas que muito me auxiliaram nesta empreitada.

À professora ODETE NOVAES CARNEIRO, minha primeira orientadora em um trabalho científico.

Aos professores JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA, SÍLVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA, MÁRCIO CAMMAROSANO, CLÓVIS BEZDOS, MAURÍCIO ZOCKUN, CAROLINA ZOCKUN e RICARDO MARTINS MARCONDES, pelos ensinamentos e estímulos ao longo destes anos.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Ao professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de quem fui aluno na graduação e que foi decisivo para a minha inclinação pelo Direito Administrativo.

Ao professor AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ, que além de me receber gentilmente em seu escritório em Montevideo, aceitou participar de minha banca de mestrado.

Finalmente, à professora DINORÁ ADELAIDE MUNETTI GROTTI, pela orientação que pacientemente me dispensou ao longo desta empreitada. A professora Dinorá, além de sua notória competência, é uma pessoa extremamente atenciosa, gentil, exemplo de dedicação aos seus alunos e uma incansável incentivadora. Agradeço muito todo o seu apoio.

“O direito nunca se deve adaptar à política, mas a política é que sempre se deve ajustar ao direito”

(Kant, *Sobre um suposto Direito de Mentir por amor à Humanidade*)

“Os que não estão dispostos a expor suas ideias à aventura da refutação não tomam parte no jogo da ciência”

(Karl Popper, *Lógica da pesquisa científica*)

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	7
PREFÁCIO	17
APRESENTAÇÃO	21
INTRODUÇÃO	27
1 OS DOIS PRINCIPAIS SISTEMAS JURÍDICOS OCIDENTAIS E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	33
1.1 O CONTEXTO HISTÓRICO E POLÍTICO DA FAMÍLIA ROMANISTA E DA <i>COMMON LAW</i>	35
1.2 FAMÍLIA ROMANISTA	37
1.3 FAMÍLIA DA <i>COMMON LAW</i>	46
1.3.1 Os precedentes judiciais na <i>common law</i> e a consequência lógica de seu uso: <i>stare decisis et non quieta movere</i>	57
1.3.2 A superação de precedentes na <i>common law</i>	62
1.3.3 A técnica das distinções de precedentes na <i>common law</i>	70
2 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NA FAMÍLIA ROMANISTA	73

2.1 PRECEDENTES JUDICIAIS NA FAMÍLIA ROMANISTA	73
2.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	77
2.2.1 Princípios jurídicos	82
2.2.2 Conceitos jurídicos indeterminados.....	89
2.2.3 Cláusulas gerais	92
2.3 A NECESSIDADE DE MAIOR CELERIDADE PROCESSUAL E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	95
2.4 OS PRECEDENTES JUDICIAIS NO DIREITO BRASILEIRO	97
2.4.1 Julgamento monocrático do relator com base em precedentes	102
2.4.2 Repercussão Geral	104
2.4.3 Súmula vinculante.....	107
3 DOS PRECEDENTES JUDICIAIS AOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS	111
4 PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	115
4.1 PRELIMINARMENTE: HETEROVINCULAÇÃO E AUTOVINCULAÇÃO	115
4.2 CONCEITO DE PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS	119
4.3 FIGURAS PRÓXIMAS AOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS: COSTUME, PRÁTICA ADMINISTRATIVA, ATOS PRÓPRIOS E ANALOGIA	125
4.3.1 Costume.....	125
4.3.2 Práticas administrativas	127
4.3.3 Atos próprios	128
4.3.4 Analogia	130

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

4.4 OS FUNDAMENTOS PARA A EFICÁCIA VINCULANTE DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	131
4.4.1 Os princípios jurídicos que fundamentam o efeito vinculante dos precedentes administrativos	132
4.4.1.1 Princípio da Igualdade.....	132
4.4.1.2 Princípio da Segurança Jurídica	135
4.4.1.3 Princípio da Boa-fé	138
4.4.1.4 Princípio da Eficiência.....	140
4.4.2 As regras que servem de fundamento aos precedentes administrativos	142
4.4.2.1 O artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, da Lei de Processo Administrativo Federal	142
4.4.2.2 O artigo 50, inciso VII, da Lei de Processo Administrativo Federal	145
4.4.3 O aparente embate entre o princípio da legalidade e os precedentes administrativos	148
4.5 PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.....	149
4.5.1 Identidade subjetiva da Administração Pública	149
4.5.2 Identidade objetiva essencial.....	152
4.5.3 Identidade das normas jurídicas superiores incidentes....	154
4.5.4 Legalidade do ato administrativo originário	154
4.5.5 A reiteração como pressuposto para a aplicação precedente administrativo.....	157
4.6 PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA.....	158
4.7 PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS, PROCESSO ADMINISTRATIVO E ATOS AMPLIATIVOS E RESTRIATIVOS DE DIREITOS.....	163

5 CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E A SUA SUPERAÇÃO	171
5.1 CONSEQUÊNCIAS DA INOBSERVÂNCIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.....	171
5.1.1 Invalidação do ato administrativo contrário ao precedente e observância do precedente incidente	172
5.1.2 Indenização pelos prejuízos causados ao administrado	173
5.2 SUPERAÇÃO DOS PRECEDENTES E SUA EFICÁCIA TEMPORAL.....	174
5.2.1 Dever de motivar suficientemente a superação do precedente administrativo.....	174
5.2.2 A projeção eficaz da superação dos precedentes administrativos e a sua publicidade	177
5.3 DIFERENÇA ENTRE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES E DISTINÇÃO DE PRECEDENTES.....	179
6 AS VANTAGENS EM SE UTILIZAR OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS E A SUA OPERATIVIDADE	181
6.1 VANTAGENS EM SE UTILIZAR OS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.....	181
6.2 OPERATIVIDADE DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS	183
CONCLUSÕES	187
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	195

PREFÁCIO

Precedentes administrativos, tema de fundamental importância, não logrou despertar na literatura jurídica pátria estudos aprofundados, nem uma análise percuciente.

Gustavo Marinho de Carvalho, na sua dissertação de mestrado intitulada *Precedentes administrativos no direito brasileiro*, hoje transformada em livro, enfrenta, com muita proficiência, este importante tema, inçado de dificuldades, que tem despertado pouca atenção de nossos doutrinadores.

Por outro lado, o assunto é inegavelmente atual, tendo em vista a preocupação generalizada de se buscar maior proteção aos cidadãos através deste valioso instrumento à disposição dos administrados, ante-vendo, com maior precisão, o comportamento da Administração Pública diante de determinadas situações.

Tive a satisfação de acompanhar a trajetória do Autor na construção deste trabalho, ainda no curso de Mestrado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no qual tive a honra de ser sua professora na disciplina “função administrativa e ato administrativo”. Nesse período pude verificar que estava diante de um aluno com clara aptidão para a investigação científica, dedicado e brilhante, destacando-se pela agudeza de raciocínio e pela pertinência das intervenções e questionamentos feitos nas aulas.

O presente trabalho revela seriedade, pesquisa, reflexão e cuidado. Dotado de boa densidade jurídica, não se furta ao exame de questões difíceis e polêmicas (conceito, natureza jurídica, figuras próximas), fazendo uma análise crítica, apresentando sugestões, propondo soluções, assumindo posições.

O Autor desenvolve o trabalho em seis capítulos, após traçar um panorama introdutório em que contextualiza o objeto de seus estudos. Partindo da análise dos sistemas jurídicos ocidentais (*common law* e romanista), busca, no primeiro capítulo, esclarecer o funcionamento dos precedentes na família da *common law* para, depois, no segundo capítulo, verificar a existência de alguma incompatibilidade na utilização dos precedentes judiciais em países filiados ao sistema romanista, estendendo a sua análise à aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

Na sequência, adentra na análise da possibilidade do uso dos precedentes no exercício da função administrativa, enfocando, no quarto capítulo, os precedentes administrativos no Direito brasileiro, ocupando-se, primeiramente, da distinção entre heterovinculação e autovinculação administrativa, para, posteriormente, formular o seu próprio conceito de precedentes administrativos e apresentar os fundamentos e os pressupostos para a sua aplicação. Aborda, ainda, sua utilização no exercício da competência discricionária e vinculada, sua relação com o processo administrativo, bem como a possibilidade de sua formação em atos ampliativos e restritivos da esfera jurídica dos administrados.

O quinto capítulo é dedicado ao estudo dos efeitos da inobservância dos precedentes administrativos e os mecanismos pelos quais estes podem ser afastados.

A seguir são tecidas considerações sobre a relevância dos precedentes administrativos e a sua operatividade e, por derradeiro, são apresentadas as conclusões.

Embasado em um plano bem estruturado e dotado dos atributos de coerência, linearidade e coesão doutrinárias, Gustavo Marinho de Carvalho desenvolveu um excelente trabalho, onde, alicerçado em consistente pesquisa bibliográfica, os temas mencionados são abordados com bastante clareza e profundidade.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

A presente obra atesta a capacidade intelectual do Autor ao assumir o difícil encargo de analisar os Precedentes Administrativos no direito brasileiro com o mais pleno sucesso. Foi com ela que conquistou com brilho seu merecido título de Mestre em Direito, na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de concentração em Direito Administrativo, tendo sido aprovado com a nota máxima, por decisão unânime da banca examinadora composta, na ocasião, por esta subscritora e pelos professores Augusto Durán Martínez, da Universidade da República do Uruguai e José Roberto Pimenta Oliveira, da PUC/SP, conferindo a esta monografia o grau de indispensabilidade de sua consulta pelos estudiosos do Direito Administrativo.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP

APRESENTAÇÃO

I

1. Es con sumo placer que presento este libro titulado *Precedentes Administrativos no direito brasileiro*, de Gustavo Marinho de Carvalho.

2. Esta obra fue la tesis con la que su autor, luego de cumplir todas las exigencias curriculares, obtuvo su título de Master en Derecho, con énfasis en Derecho Administrativo, en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC-SP).

3. Tuve el privilegio de integrar el tribunal examinador (*Banca Examinadora*) que la juzgó así como la defensa de tesis efectuada por Marinho de Carvalho. Privilegio por la calidad de los demás integrantes, los distinguidos Profesores Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que la presidió, y José Roberto Pimenta Oliveira. Y privilegio, además, por la calidad de la obra y por la excelencia de la defensa efectuada por el *maestrando* que, con gran rigor jurídico, defendió sus puntos de vista y contestó todas las preguntas formuladas por el Tribunal.

Concluida la prueba, pocos minutos bastaron al Tribunal para otorgar a Gustavo Marinho De Carvalho la nota de Sobresaliente por unanimidad.

II

1. La redacción del libro es sobria, concisa, no hay palabras de más. Su estilo es claro, sin sacrificar profundidad. Se lee fluidamente, es didáctico y sugerente.

2. La bibliografía empleada, prolijamente indicada al final, es excelente y actualizada. No se limita a Brasil, por cierto, sino que son frecuentes las citas de autores del resto de América y de Europa. El esfuerzo en la búsqueda de material es encomiable. Esto es especialmente valioso en un tema como este en que la bibliografía es escasa.

3. El empleo de esa bibliografía es impecable. Cada afirmación en el texto tiene su correspondiente apoyatura bibliográfica, con precisas notas al pie de página donde revela sus fuentes.

Con esto demuestra el autor gran honestidad intelectual así como rigor científico, puesto que no sigue servilmente a los autores citados; recoge sus ideas cuando las comparte o se aparta de ellas cuando piensa diferente. Sabe así Marinho aprovechar las investigaciones de quienes lo precedieron y hasta las supera en muchas ocasiones. Así se hace ciencia.

4. La estructura de la obra es adecuada para una tesis. El tema, con rigor metodológico, se desarrolla en seis capítulos precedidos por una introducción y seguidos por una conclusión: 1) Los dos principales sistemas jurídicos occidentales y los precedentes judiciales; 2) Los precedentes judiciales en las familias romanistas; 3) De los precedentes judiciales a los precedentes administrativos; 4) Precedentes administrativos en el derecho administrativo brasileño; 5) Consecuencias de la inobservancia de los precedentes administrativos y su superación; 6) Las ventajas de utilizar los precedentes administrativos y su operatividad.

Las conclusiones configuran una síntesis magistral del pensamiento del autor.

III

1. No es mi propósito efectuar un resumen de esta obra, pero no puedo dejar de señalar algunos aspectos especialmente destacables.

2. Comienza con un breve pero certero análisis de los dos grandes sistemas jurídicos del mundo occidental, el romanista (*civil law*) y el del *common law*, así como de los precedentes judiciales.

No creo que sea necesario aceptar el sistema de precedentes judiciales para admitir la fuerza vinculante de los precedentes administrativos. Pero

sí resulta muy útil conocer el régimen jurídico de los precedentes judiciales en el mundo anglosajón, conocer las diferencias que existen con relación a los sistemas romanistas – como lo son los de nuestros países iberoamericanos –, advertir la influencia recíproca que aparece entre esos dos grandes sistemas en los últimos tiempos. Y es bueno además conocer todo eso para poder ser cuidadosos a fin de no incurrir en novelorías perniciosas y evitar traslados imposibles por razones culturales.

3. El tratamiento de los precedentes administrativos es, obviamente, lo más valioso de este trabajo.

4. El precedente administrativo fue en un principio, y durante mucho tiempo, absolutamente ignorado en doctrina. Luego comenzó a estudiarse junto con la costumbre y prácticas administrativas, sin asignársele relevancia jurídica. Posteriormente se admitió su relevancia jurídica, pero se le negó su condición de fuente de derecho. Hoy en día, un sector todavía minoritario considera que los precedentes administrativos constituyen verdadera fuente de derecho.

En esta línea de vanguardia se encuentra, precisamente, Marinho de Carvalho. Comparto plenamente esta orientación; es más, con anterioridad escribí en ese sentido.¹

5. Define al precedente administrativo como la norma jurídica extraída por inducción de un acto administrativo individual y concreto, de tipo decisorio, ampliativo o restrictivo de la esfera jurídica de los administrados y que vincula el comportamiento de la Administración para todos los casos posteriores y sustancialmente similares. Y, enseguida, explica que son normas jurídicas porque establecen algo que debe ser o suceder y su inobservancia genera consecuencias jurídicas controlables, incluso, por el Poder Judicial.

¹ DURÁN MARTÍNEZ, A., *El precedente administrativo*, en RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, J./ SENDÍN GARCÍA, M.A./ PÉREZ HUALDE, A./ FARRANDO, I./ COMADIRA, J.P. (Coordinadores), *Fuente del Derecho Administrativo. (Tratados internacionales, contratos como reglas de derecho, jurisprudencia, doctrina y precedente administrativo)*. IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina. Ediciones RAP. Buenos Aires, 2010, p. 679, y s.; y, posteriormente, en versión algo ampliada, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 49, y s.

Es la mejor definición que he leído de precedente administrativo; no conozco otra de mayor precisión y rigor técnico.

6. Como se ha dicho, considera al precedente administrativo fuente de derecho. Y, correctamente, funda su posición en base a los principios de igualdad, seguridad jurídica, buena fe y eficiencia, término este último que comprende la eficacia; principios que fundan la fuerza vinculante del precedente pero no se confunden con él.

También extrae la fuerza vinculante del precedente administrativo en dos textos de derecho positivo brasileño: el artículo 2º, parágrafo único, inciso XIII, y el artículo 50, inciso VI, de la Ley de Proceso Administrativo Federal.

Esa apoyatura de derecho positivo es correcta y sirve para confirmar su tesis, pero aun sin ella se puede afirmar la fuerza vinculante del precedente administrativo en virtud de los principios que la fundan. Por eso, la utilidad de este trabajo trasciende el derecho brasileño, puesto que la idea esencial del mismo puede sostenerse en otros países sin esos textos de derecho positivo.

7. Con gran rigor el autor indica los presupuestos para la aplicación de los precedentes administrativos: a) identidad subjetiva de la Administración Pública; b) identidad objetiva esencial; c) identidad de las reglas de derecho superiores incidentes; d) legitimidad del acto administrativo del cual se induce el precedente. Y esto último, con acierto, es relativizado, al admitir en ciertos casos excepcionálísimos la posibilidad de extraer un precedente de un acto ilegítimo.

8. Por ser el precedente administrativo fuente de derecho, su inobservancia tiene consecuencias jurídicas: afecta la legitimidad de los actos administrativos que se apartan de él. Esa ilegitimidad puede, según los casos, provocar la nulidad del acto y, en caso de producir daño, comprometer la responsabilidad del Estado.

9. De particular interés me parece la parte destinada al estudio de la superación de los precedentes.

En este punto son de especial importancia los aportes efectuados en los sistemas del *common law* respecto al *overruling* y las distinciones (*distinguishing*).

10. Como toda fuente jurídica creada por el hombre, los precedentes

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

administrativos no son eternos, pueden ser extinguidos y sustituidos por otros precedentes. Es lo que se denomina *superación* (*overruling*).

La superación es posible, dice Marinho, porque ese precedente puede no ser compatible con una nueva legislación o porque deja de ser compatible con los nuevos valores que imperan en la sociedad. O porque, luego de emitido el acto del cual emana, se advierte que el mismo se originó por interpretaciones equivocadas de normas jurídicas o por apreciaciones precipitadas sobre los hechos.

Coincido en que en todos estos casos es posible el cambio de precedente. Pero no son iguales todos los casos. En efecto, en unos, el precedente se ha ya extinguido por decaimiento; en consecuencia, el nuevo acto que lo sustituye certifica su extinción, sin perjuicio de crear otro nuevo. En otros casos, sí se produce una verdadera extinción del precedente.

Todas estas hipótesis exigen una adecuada motivación, como bien lo indica Marinho.

He entendido por motivación “la justificación del acto administrativo efectuada con la expresión de los motivos determinantes y la finalidad perseguida, de manera que se pueda entender la decisión como correcta o aceptable.”²

Es decir, no basta una explicación sino una argumentación. Por eso correctamente Marinho exige para la superación de un precedente una alta carga argumentativa. Pero esa carga argumentativa no es un mero ejercicio intelectual, y esto lo tiene muy claro Marinho, sino que tiene que partir de la realidad. Esa realidad es la que impone la superación del precedente y eso es lo que hay que justificar muy bien con la motivación.

11. La distinción no es en realidad una superación del precedente, sino la comprobación de que las situaciones no son sustancialmente iguales. En consecuencia, si no son sustancialmente iguales no hay precedente. Por supuesto que también en este caso se requiere una adecuada motivación para demostrar que no hay precedente aplicable.

² DURÁN MARTÍNEZ, A., *Motivación del acto administrativo y buena administración*, en DURÁN MARTÍNEZ, A./ HANNA de ROSA, M. (Coordinadores). *Ética. Estado de Derecho. Buena Administración*. Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 2013, p. 136.

12. Por último, deseo efectuar un breve comentario a las ventajas del empleo de los precedentes administrativos.

El Derecho no es una ciencia teórica sino práctica. En el ámbito jurídico, no conocemos por el conocimiento mismo sino que conocemos para actuar.

Consciente de esto, Marinho no se limitó a los aspectos ónticos del precedente administrativo, su fundamento y su telos, sino también, con el nombre de *ventajas*, indicó su utilidad.

En tal sentido expresó que los precedentes administrativos: a) incrementan la credibilidad de la Administración Pública; b) mejoran la calidad de las decisiones tomadas; c) logran una mayor celeridad en la toma de decisión; d) coadyuvan al combate de la corrupción.

Todos esos aspectos hacen a la buena administración por lo que tienen un contenido jurídico, ya que hoy la buena administración es un principio de derecho en el Estado Constitucional de Derecho.

IV

1. En virtud de todo lo expuesto, debo reconocer que este libro que tengo el honor de presentar constituye el mejor trabajo que he leído sobre el precedente administrativo. Es una obra magistral; se convertirá en un clásico en el tema.

2. Este libro demuestra, además, lo bien que se sigue trabajando en Derecho Administrativo en Brasil en general y en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo en particular.

Demuestra también que Gustavo Marinho de Carvalho es un jurista joven, serio, de notables condiciones y con un futuro brillante.

Augusto Durán Martínez

Professor Catedrático de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade da República e na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Uruguai. Professor Catedrático de Direito Público no Instituto Universitário Politécnico do Uruguai. Decano Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Uruguai

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo tem por objetivo proteger os administrados contra os abusos e arbitrariedades cometidos pela Administração Pública, e não, por óbvio, subjugar os administrados. Com razão, afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, que o Direito Administrativo “é, por excelência, um Direito defensivo do cidadão”.³

A garantia dos cidadãos, portanto, é o *valor* que norteia o Direito Administrativo.

Agustín Gordillo, em afirmação lapidar, registra que o Direito Administrativo é luta contra o poder – qualquer tipo de poder – para defender os direitos dos cidadãos. E diz mais: quem deseja fazer um Direito da Administração, legitimador do exercício do poder, está, em verdade, renunciando a fazer Direito,⁴ pois este, reforçemos, é um Direito voltado à proteção dos cidadãos.

Ora, se de fato o Direito Administrativo volta-se à proteção dos cidadãos, é natural que com o decorrer do tempo novos instrumentos protetivos sejam desenvolvidos, para justamente armar o administrado na defesa dos perigos decorrentes do uso desatado do poder.⁵

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p. 47.

⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2003, t. 1, p. I-10.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; op. cit., p. 48.

É nesse contexto que se insere o objeto de nossos estudos, desenvolvido ao longo de nosso mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Entendemos que os *precedentes administrativos* são um destes novos instrumentos à disposição dos administrados contra os desmandos da Administração Pública,⁶ num dos momentos mais propícios para o cometimento de abusos e arbitrariedades: *o da aplicação do Direito*.

Em verdade, notamos que está cada vez mais nas mãos do aplicador do direito, no caso o juiz e o administrador público, a missão de revelar o sentido efetivo das normas jurídicas, o que, de certa forma, debilita as garantias dos cidadãos, já que o administrado fica, em inúmeras ocasiões, à mercê da *capacidade* e dos *humores* destes aplicadores. Daí a importância de que *a isonomia seja respeitada também no momento de aplicação da lei (= igualdade na aplicação da lei), sob pena de passarmos a viver sob a máxima distorcida do rule of men, not of law, ao invés do consagrado rule of law, not of men*.

Em um juízo atécnico e ainda preliminar, temos que precedentes administrativos nada mais são do que a exigência de que *casos iguais devem ter a mesma resposta da Administração Pública*. Ou seja, a Administração Pública, quando estiver diante de situações fáticas similares – e desde que as regras incidentes continuem as mesmas –, deve manter a coerência de suas atuações e dar à situação atual a mesma solução dada à situação anterior.

A *coerência* exigida pelos precedentes administrativos entre as soluções dadas em situações similares acalenta não apenas o princípio da igualdade, mas outros princípios também, dentre os quais destacamos o da segurança jurídica, pois os precedentes permitem ao administrado *antever* com maior precisão o comportamento da Administração Pública diante de determinadas situações.

Mas apesar de ser fora de dúvidas ou entredúvidas que a *coerência* e a *uniformidade* dos comportamentos da Administração Pública

⁶ HOURSON, Sébastien. *Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire: le précédent administratif*. Paris, Éditions Dalloz, RFDA juillet-août 2013, p. 753.

são um bem em si mesmo, algo que todos desejam, pouco ou quase nada se escreve em nosso país a respeito dos precedentes administrativos. É aí que reside o maior obstáculo que enfrentamos durante o desenvolvimento deste trabalho: a carência de monografias ou artigos em nosso país dedicados ao estudo e à sistematização dos precedentes administrativos.

Diante deste cenário desafiador, nossas pesquisas tiveram que transbordar as fronteiras do Brasil. Buscamos na literatura estrangeira o caminho a ser trilhado para o desenvolvimento de nossos estudos. Apoiamos-nos em obras e artigos de autores latino-americanos e europeus, para quem o tema não é estranho.

Mas não bastava a leitura e a análise dos textos estrangeiros que versavam sobre os precedentes administrativos, para que pudéssemos ficar mais confortáveis e seguros com o tema. Tivemos que nos debruçar sobre os precedentes mais conhecidos pela comunidade jurídica: os *precedentes judiciais*.

Além de serem a principal fonte do direito dos países que integram a família da *common law*, os precedentes judiciais têm angariado cada vez mais espaço na família romanista, e o Brasil é um exemplo desta aproximação. Cresce a cada dia em nosso país o número de obras dedicadas ao tema, mesmo porque o legislador (constitucional e infraconstitucional) tem empreendido mudanças que prestigiam os precedentes judiciais. As súmulas vinculantes e a repercussão geral são dois exemplos da mudança a que nos referimos. Até mesmo o projeto do novo Código de Processo Civil contempla o instituto dos precedentes judiciais, a revelar ainda mais a relevância do tema em nosso país.

Assim, nada mais natural do que compreender o funcionamento dos precedentes no exercício da função jurisdicional, que é o seu campo principal de atuação, para depois, munidos das lições obtidas e com o esqueleto básico de como funcionam os precedentes, passarmos a analisar a aplicabilidade dos precedentes no exercício da função administrativa. O conhecimento adquirido com o estudo dos precedentes judiciais é, sem dúvida alguma, valiosíssimo para analisarmos os precedentes

administrativos, haja vista que ambos se estribam na lógica de que *casos iguais devem ter a mesma resposta do Estado*.

Feitas estas considerações e fixado o objeto do trabalho, apresenta-se uma síntese do modo pela qual a matéria será tratada.

O presente trabalho está dividido em seis capítulos. No primeiro, analisamos os dois principais sistemas jurídicos ocidentais (*common law* e *romanista*), com o propósito inicial de melhor compreendermos como funcionam os precedentes na família da *common law*, para depois respondermos se existe de fato alguma incompatibilidade em se utilizar os precedentes judiciais no sistema romanista, objeto de nosso segundo capítulo.

Também no segundo capítulo, voltamos nossas atenções à aplicação dos precedentes judiciais no Brasil. Destacamos o crescente prestígio de tal instituto em nossa comunidade jurídica e apresentamos alguns exemplos de instrumentos já integrados ao nosso ordenamento jurídico que prestigiam os precedentes judiciais, dentre eles a já mencionada súmula vinculante e a repercussão geral.

Compreendida a pertinência dos precedentes judiciais nas famílias romanistas e no Brasil, no terceiro capítulo, analisamos a possibilidade de serem utilizados os precedentes no exercício da função administrativa.

A partir do quarto capítulo, dedicamos nossas atenções aos precedentes administrativos no Direito brasileiro. Após tratarmos da heterovinculação e da autovinculação administrativa, apresentamos o nosso conceito de precedentes administrativos, diferenciamos-los de algumas figuras próximas, em seguida apresentamos os fundamentos para a eficácia vinculante dos precedentes administrativos e os pressupostos para a sua aplicação.

Ainda neste capítulo, tratamos da aplicação dos precedentes administrativos no exercício da competência discricionária e vinculada, de sua relação com o processo administrativo e registramos a possibilidade de serem formados precedentes administrativos tanto em atos administrativos que ampliam a esfera jurídica dos administrados, quanto naqueles que a restringem.

PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

No quinto capítulo tratamos das consequências da inobservância dos precedentes administrativos e as maneiras pelas quais estes podem ser afastados (pelo método da superação ou da distinção).

No último capítulo, foram feitas considerações sobre a importância dos precedentes administrativos e a sua operatividade – esta última sem qualquer intenção de apresentarmos uma resposta definitiva.

Apesar de tocarmos nos pontos que consideramos os mais relevantes e sensíveis aos precedentes administrativos, não temos qualquer pretensão de esgotarmos o tema, mesmo porque se trata de um assunto novo para nós e sem lastro em nossa comunidade jurídica. O que desejamos é que este trabalho seja um convite à reflexão sobre o tema dos precedentes administrativos, que, a nosso ver, se afigura como um valioso instrumento para a garantia e preservação dos direitos dos administrados, que ainda hoje sentem o peso dos desmandos da Administração Pública.