

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

Pedro Henrique Brunken Flores<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Bacharel em Direito pela UnC/Mafra-SC. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional – NUPECONST/UNIBRASIL. Advogado.

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

## **RESUMO**

A Constituição Federal de 1988 teve zeloso cuidado ao colocar em seu texto os direitos fundamentais em local de destaque. É certo que de sua interpretação se percebe a necessidade de se proteger e concretizar tais direitos em máximo grau, competindo ao Estado e, mais especificamente em um primeiro momento, à Administração Pública esse papel. O problema surge, no entanto, no momento em que se percebe que tais intenções constitucionais não vêm sendo cumpridas da forma devida, ante a uma omissão administrativa. É desse ponto que a intenção do presente trabalho emerge, pretende-se demonstrar que referida omissão se dá ante ao desrespeito dos princípios constitucionais imanentes à Administração – para o presente trabalho, especificamente os princípios da legalidade, segurança jurídica, igualdade, moralidade e eficiência – e que os meios para se efetuar eventual controle dessas omissões e uma real efetivação dos direitos fundamentais não são suficientes, de modo que lança-se mão da proposta da utilização e vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos como forma de racionalizar o controle das omissões administrativa e, ainda, garantir uma Administração Pública mais efetiva, eficiente, segura e igualitária.

## **PALAVRAS-CHAVE**

Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais, Precedentes Administrativos, Estado de Direito, Omissão Administrativa.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

## 1. INTRODUÇÃO

É certo que o modelo de Estado Brasileiro é um modelo de Estado Democrático, Social e de Direito. Esse caráter, trazido indiscutivelmente pela Constituição Federal de 1988 transformou a forma de se pensar a maneira de governar e, até mesmo, a própria maneira de como o Estado deveria ser visto.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, surgem no cenário nacional inúmeras novas tendências para se pensar o direito, em especial com a positivação de inúmeros direitos fundamentais em seu texto<sup>1</sup>, direitos esses que se tornam a partir de então de indispensável concretização para a vida digna dos cidadãos.

É certo, ademais, que a Constituição Federal de 1988 deve ser considerada também um marco na transcendência de um Estado antes tido como autoritário para um Estado efetivamente democrático e de direito preocupado com as necessidades e anseios dos cidadãos<sup>2</sup>. Mais do que isso, ainda, o texto constitucional mostra que os direitos fundamentais devem, invariavelmente, ser efetivados pelo Estado, competindo-lhe encontrar os meios e formas necessários para tanto. Ou seja, a Constituição deu a linha a ser seguida, cabendo ao Estado, na esfera de todos os seus poderes, encontrar os instrumentos, meios, para dar cumprimento aos comandos constitucionais.

O problema surge, no entanto, no momento em que se percebe que os direitos fundamentais não vêm sendo concretizados de maneira plena pelo Estado, nesse caso mais especificamente pela Administração Pública, a quem cabe racionalizar e efetivar a ideal concretização dos direitos

---

<sup>1</sup> São exemplos desses direitos os contidos, por exemplo, no artigo 5º, capítulo I, Dos Direitos e Garantias Fundamentais e artigo 6º, capítulo II, Dos Direitos Sociais. Sendo certo afirmar que a Carta Constitucional de 1988 foi a que trouxe em seu bojo o maior rol de direitos fundamentais já vistos na história constitucional do país. (RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras**. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15- n. 3. set-dez 2010. Disponível em: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. Acesso em: 22 dez. 2016. p.451).

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502228061>>. Acesso em: 22 dez. 2016. p. 492.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

fundamentais ao povo, o que gera não poucos problemas, dentre eles uma cada vez maior judicialização das pretensões de direitos fundamentais.

É nessa linha de pensar que o presente artigo encontra o seu objetivo, pretende-se analisar se essa inefetividade ou efetividade deficiente da prestação dos direitos fundamentais por parte da Administração Pública não é, invariavelmente, inconstitucional, indo em confronto com os princípios fundamentais de direito e, gerando, assim, uma omissão inconstitucional administrativa, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, onde, aparentemente, o problema é mais visível.

Para isso, de início pretende-se demonstrar com o presente trabalho que indiscutivelmente compete à Administração Pública, por força do texto constitucional, a efetiva concretização dos direitos fundamentais e fundamentais sociais, mantendo, assim, o respeito aos princípios a si iminentes, para depois, então, demonstrar que a omissão da ideal prestação desses direitos gera uma inconstitucionalidade, para, por fim, trazer a proposta da utilização dos precedentes administrativos e judiciais como forma de racionalizar e controlar as decisões administrativas, tornando-as mais justas e equânimes, encerrando com as inconstitucionalidades hoje vislumbradas no cenário nacional.

## 2. O DEVER CONSTITUCIONAL DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EFETIVA

Como já dito nas linhas introdutórias, o modelo de Estado Brasileiro é um modelo de Estado Democrático e de Direito, de Direito vez que pode ser traduzido no respeito, sujeição, dos poderes públicos à lei<sup>3</sup>. É, em uma análise ampla e formal, um sistema onde os poderes públicos advêm da lei e a ela devem respeitar, isto é, devem se ater aos procedimentos legais já estabelecidos para governar<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **El papel de la función judicial en el estado de derecho**. 2003. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1695/5.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2016. p. 87.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. 2001. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016. p. 1: "[...] *En sentido lato, débil o formal, «estado de derecho» designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecido*".

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

Podendo-se dizer, assim, que o Estado existe para a “[...] consecução do bem comum, ou seja, com vistas ao estabelecimento de condições mínimas e indispensáveis para que a população do Estado possa realizar-se plenamente, desenvolvendo a seu turno suas aptidões em benefício próprio, em prol da coletividade e em busca da felicidade”<sup>5</sup>.

De todo modo, quando analisado de forma mais específica, o conceito de Estado de Direito, nas palavras de Luigi Ferrajoli, vai além dessa análise ampla, devendo para tanto ser considerados como Estados de Direito – o predominante do uso italiano – os ordenamentos em que todos os poderes, incluindo o legislativo, estão vinculados e devem respeitar aos princípios substantivos estabelecidos pelas normas constitucionais, como por exemplo, a divisão dos poderes e os direitos fundamentais<sup>6</sup>.

Considera-se, assim, como Estado de Direito a forma de estado que busca, a partir do respeito à lei – Constituição –, garantir a proteção dos direitos dos cidadãos. No caso do Estado Brasileiro podendo-se dizer que busca assegurar os fins constitucionais, em especial a proteção e concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais.

Sendo assim, é importante traçar um caminho que demonstre como essa proteção e concretização dos direitos fundamentais é cumprida pelo Estado, analisando se essa é feita com respeito aos fins constitucionais, cumprindo com o seu papel de Estado Democrático e de Direito.

Afinal, uma das premissas do Estado Democrático de Direito é, de fato, resguardar os di-

---

<sup>5</sup> FILOMENO. José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**, 8 ed. Forense, 2012. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4443-8>>. Acesso em: 22 dez. 2016. p.33.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. 2001. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016. p. 1: *En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.*

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

reitos pertencentes ao povo, mais do que isso, resguardar os direitos das minorias. Esse é um dos pontos-chaves do ideal democrático.

Esses direitos baseiam a sociedade atual, sendo uma das bases do Estado. No caso particular brasileiro, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi dada maior atenção a esses direitos, elevando-os à classe de direitos fundamentais, distribuídos por grande parte dos dispositivos constitucionais.

Nesse tocante, o constituinte em ponto específico da carta constitucional, adicionou os chamados direitos sociais, inerentes à pessoa humana e que visam resguardar as condições dignas de vida aos cidadãos.

Para André Folloni, “a expressão ‘direitos sociais’ tem um significado propriamente jurídico bastante definido, e diz respeito aos direitos fundamentais que, historicamente, foram conquistados em seguida à conquista dos direitos individuais – chamados, também, direitos fundamentais de segunda geração”<sup>7</sup>.

Os direitos sociais surgiram a partir do resultado de grandes lutas no decorrer da História da Humanidade. Inúmeras foram as fases transpassadas até que os direitos sociais chegassem ao patamar que se encontram hoje, na Constituição Federal de 1988. A exemplo, podem ser citados documentos que contribuíram para essa alçada dos direitos, tais como: O Manifesto do Partido Comunista, escrito por Karl Marx e Friedrich Engels, em 1848, que foi considerada a maior expressão intelectual em defesa da igualdade social no século XIX; A encíclica *Rerum Novarum*, escrita em 1891 pelo então Papa Leão XIII, considerada um dos documentos mais importantes já editados pela igreja católica, vez que “[...] contestou com veemência a tese, segundo a qual opressores e oprimidos eram duas classes que estavam sempre em luta”; a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, documento esse que “[...] materializou o ideário da revolução russa e o nascimento da

---

<sup>7</sup> FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista direitos humanos fundamentais*. ano 14. n. 1. p. 63-91. Osasco. 2014. p. 78.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

União Soviética. Preocupava-se, basicamente, com o princípio da igualdade, traduzido em direitos econômicos, sociais e culturais”, sendo certo que teve grande impacto e influência na conquista dos direitos sociais do século XX; e, por fim, destaca-se o mais importante documento normativo do século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esse documento, responsável por grande influência nas constituições publicadas posteriormente, preocupava-se, principalmente, com questões como igualdade e liberdade<sup>8</sup>.

Com relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, é importante frisar que a Constituição Brasileira de 1988 atrelada aos valores por ela trazidos assegurou os direitos fundamentais sociais de educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social tendo uma forte vinculação com o princípio da igualdade<sup>9</sup>.

Podendo-se perceber que determinados valores trazidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 tiveram, com o decorrer do tempo, sua fixação no ordenamento constitucional, especificamente no artigo 6º, através, por exemplo, das emendas constitucionais 26/2000 que incluiu o direito à moradia no rol de direitos sociais, 64/2010 que introduziu o direito à alimentação em referido rol e 90/2015, promulgada em setembro de 2015, que adicionou o direito ao transporte ao rol do artigo 6º.

Veja-se, assim, que os direitos sociais foram, a partir de uma longa construção histórica, alocados como imprescindíveis ao bem-estar social do povo e, conseqüentemente, geraram o dever implícito do Estado em resguardá-los. Pois, afinal, um Estado de Direito “[...] não é uma forma de Estado nem forma de governo”, mas sim, em verdade, “trata-se de um *status quo* institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores

---

<sup>8</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Forense, 2013. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4761-3>>. Acessado em: 23 dez. 2016. p. 345-347.

<sup>9</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Forense, 2013. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4761-3>>. Acessado em: 23 dez. 2016. p. 347.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e liberdade fundamentais<sup>10</sup>.

Desse modo, é claro que a garantia do bem-estar dos cidadãos, mediante a proteção e efetivação dos seus direitos fundamentais, sejam eles exercidos individualmente ou por seus representantes, é ponto chave do Estado Democrático de Direito, cabendo a ele a devida promoção.

As proposições feitas até aqui tiveram por razão demonstrar que pelo constituinte de 1988 foi dado ao Estado o dever de zelar pelos direitos fundamentais, efetivando-os e concedendo-os da melhor forma possível. Viu-se que esses direitos possuem um caráter subjetivo, sendo alguns de caráter prestacional originário<sup>11</sup>, ou seja, independem de norma específica para regulá-los. Segundo Daniel Wunder Hachem são direitos subjetivos que podem ser exigidos de forma imediata perante o Poder Judiciário<sup>12</sup>.

De qualquer modo, é imperioso frisar que a roupagem de efetivador desses direitos recai sobre a Administração Pública, por ser responsável pela criação de medidas aptas a fomentar a promoção dos direitos sociais à população.

Posto este paradigma, devem ser buscados meio aptos a promover os direitos. Clémerson Merlin Cléve defende que por mais que existam direitos cujo Estado não precise interferir para sua ideal efetivação – os chamados direitos fundamentais clássicos, como por exemplo liberdade, direito de locomoção e afins – mas que, contudo, deve prestar a devida proteção, existem outros

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo. Malheiros. 2003. p. 251.

<sup>11</sup> Os primeiros (direitos fundamentais originários) podem, desde logo, ser reclamados, inclusive judicialmente, mesmo à falta de norma regulamentadora. (CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 5).

<sup>12</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – revista de direito administrativo e constitucional**. Belo Horizonte. ano 13. n. 53. p. 133-168. jul/set. 2013. p. 142.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

cuja necessidade de uma ação ativa se torna necessária. A respeito disso, Clémerson Mèrlin Cléve afirma que os direitos fundamentais clássicos são “[...] posições jusfundamentais que podem, em suas dimensões básicas, ser satisfeitas pelo simples atuar de seu titular”<sup>13</sup>.

Esses direitos, em princípio, exigem um afastamento do Poder Público, ou seja, que esse abstenha sua intervenção nessa relação. A teoria constitucional brasileira não rechaça tal apontamento. Entretanto, deve-se ter em mente que tal afirmativa não pode ser levada a termo, vez que, como sustentado, o afastamento deve ocorrer em princípio. Em princípio, “[...] porque o Estado não pode deixar, igualmente, de atuar para proteger os direitos fundamentais, inclusive normativamente (dever de proteção), e de implantar políticas públicas voltadas à afirmação dos direitos que, em sua configuração mais singela, não exigem mais do que a iniciativa do seu titular”<sup>14</sup>.

Está-se diante de um duplo papel da Administração Pública, pois, por uma vertente, deve afastar-se, a fim de garantir direitos como liberdade de expressão, de reunião e afins e, por outro lado, deve buscar meios aptos à promoção desses direitos, bem como buscar garantir os pressupostos para o seu devido exercício, como por exemplo a necessidade de que exista uma moradia para que se garanta o direito à inviolabilidade do domicílio, o direito à livre locomoção pressupõe que existam formas efetivas para a locomoção do indivíduo (transporte público adequado, segurança nas ruas etc.)<sup>15</sup>.

Ao poder público cabe, assim, agenciar iniciativas que promovam determinados direitos

---

<sup>13</sup> CIÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemerson-cleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 1.

<sup>14</sup> CIÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemerson-cleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.p. 1-2.

<sup>15</sup> CIÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemerson-cleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.. p. 2.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

fundamentais, especificamente os sociais, como por exemplo, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia. Isso se dá devido ao fato de que “a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais (dimensão objetiva) é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento (num horizonte de tempo, evidentemente)”<sup>16</sup>.

Assim, resta certo que os direitos sociais devem ser fomentados pelos entes públicos independentemente de normas específicas que os regulem. O caráter dado a esses direitos pela Constituição Federal de 1988 vincula os poderes a promoverem os direitos ao indivíduo por meio de ações institucionais em todos os âmbitos do Estado.

Nesse panorama, percebe-se que o Estado Brasileiro tem por competência a busca pela melhor forma de efetivar, também, outros direitos para além dos direitos fundamentais clássicos, como, por exemplo, os notadamente de cunho social. Parecendo certo afirmar que o Estado Brasileiro busca garantir esses direitos de modo a proteger um mínimo grau de dignidade do sujeito e não necessariamente uma igualdade material entre todos os cidadãos, de modo que todos tenham, independentemente de suas condições de vida, uma igualdade de resultados<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> CIÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemerson-cleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 7.

<sup>17</sup> Daniel Wunder Hachem afirma que existem duas grandes concepções de justiça social que devem ser levadas em consideração, a igualdade de oportunidade e de posições. Para o autor, ambas têm em comum “[...] a pretensão de reduzir a tensão existente entre a afirmação de igualdade de todos os indivíduos e a realidade marcada por profundas desigualdades sociais”. *Todavia, essas concepções de diferem uma vez que a igualdade de posições dá enfoque, como o próprio nome sugere, na análise das posições ocupadas pelos cidadãos na vida social e busca diminuir o abismo entre elas, ao ponto que a igualdade de oportunidades busca oferecer a todos a possibilidade de alcançar melhores posições sociais com embasamento na meritocracia* (HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 370).

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

## **2.1 A (In)Eficiência Administrativa e o Problema da Judicialização das Pretensões Jusfundamentais**

Pois bem. Do discorrido até o momento não restam dúvidas de que em um Estado Democrático e de Direito, os direitos fundamentais são colocados em um patamar de destaque e que deve o Estado, e nesse caso mais especificamente à Administração Pública, ao menos em um primeiro momento, buscar os meios necessários para a sua ideal concretização.

Se assim o é, algumas perguntas invariavelmente vêm à lume. Afinal, se é de competência da Administração Pública concretizar os direitos fundamentais de forma ideal e efetiva, como ela deve fazê-lo? Ainda, vale se perguntar também se esse papel administrativo – efetivação dos direitos fundamentais – se dá de forma satisfatória e respeitando aos parâmetros e anseios estabelecidos pelo constituinte de 1988? As respostas a essas perguntas não são de tão fácil solução, mas a sua busca permite, inegavelmente, uma boa discussão.

Parece certo dizer que o Constituinte teve um zeloso cuidado ao estabelecer o rol dos direitos fundamentais e, mais ainda, os direitos fundamentais sociais. Mas o que, então, vem a ser um direito fundamental e, mais ainda, o que vem a ser um direito fundamental social? Aliás, esses direitos sociais devem ser, efetivamente, considerados como fundamentais? Essas duas questões merecem uma resposta para que o estudo possa ser aprofundado. Clarifique-se, contudo, que para o presente trabalho, se trará apenas um pequeno discurso a respeito do que são direitos fundamentais, demonstrando a jusfundamentabilidade dos direitos sociais.

Sendo assim, pode-se dizer que direitos fundamentais são direitos que possuem um regime jurídico próprio e diferenciado podendo se destacar ante ao grau de proteção especial que a Constituição Federal de 1988 lhes atribuiu contra ações e omissões do Poder Público que tentem excluí-los do ordenamento jurídico. Para Daniel Wunder Hachem, em verdade, “cuida-se de um regime jurídico especial, que embora parta, desde logo, da tutela diferenciada de que gozam todos os direitos constitucionalmente previstos – tal como a imutabilidade pelo legislador ordinário –,

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

é ainda reforçado por outros elementos peculiares<sup>18</sup>. Não diferente ocorre com os direitos sociais, esses possuem também inegavelmente uma jusfundamentabilidade que lhes é inerente, uma vez que constituem uma proteção aos próprios riscos da existência da vida humana, isto é, os direitos sociais são direitos que buscam promover e resguardar os direitos mínimos<sup>19</sup> a uma vida humana digna do cidadão<sup>20</sup>.

Até aqui se tem, então, um cenário onde se mostra que os direitos fundamentais são direitos inerentes a todos os seres humanos e que deve a Administração Pública buscar os meios necessários para efetivá-los e concretizá-los de forma digna e igualitária a todos os cidadãos. Essa é a mensagem passada pelo Constituinte de 1988.

Ocorre que, não raramente, as prestações em matéria de direitos fundamentais, especialmente no que se refere aos de cunho social, não são devidamente efetivadas por uma série de motivos que vão desde a dissidia do administrador até os mais comuns como falta de recursos e o alto nível de demandas. Nesses casos, então, a parte da população que necessita de uma prestação social estatal fica à deriva de qualquer auxílio, ou seja, fica refém de uma omissão administrativa.

A solução que se tem dado para esses casos de omissão administrativa, hoje, é a busca pelo Poder Judiciário, ou seja, a judicialização dos direitos fundamentais. De fato, essa é uma solução possível, ante a própria força normativa do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que aduz que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída de apreciação do Poder Judiciário. O problema está, no entanto, no fato de que essa não parece ser a solução ideal, vez que não atende a toda

---

<sup>18</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 66.

<sup>19</sup> Direitos esses como saúde, educação, previdência, alimentação, moradia e etc.

<sup>20</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p.76.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

a população de forma igualitária. Explica-se: Nem todos os administrados possuem a consciência de que podem intentar uma ação judicial para ver seus direitos – fundamentais – serem devidamente concretizados. Mais ainda, mostra-se que a judicialização excessiva vem a causar uma má distribuição dos recursos<sup>21</sup>, vez que realoca fundos do orçamento público geral que estariam destinados a determinada área específica para o cumprimento de decisões judiciais unitárias ou, quando muito, que atendem a uma pequena parcela da população. Há, aqui, assim, como bem coloca o professor Daniel Wunder Hachem uma distinção dentro da sociedade entre os cidadãos “com sentença” e os cidadãos “sem sentença”<sup>22</sup>. O cenário que se tem, então, é de uma necessidade de judicialização de prestações jusfundamentais ante a uma omissão administrativa inconstitucional.

Inconstitucional porque desrespeita aos próprios princípios inerentes à administração pública, tais como segurança jurídica, isonomia, legalidade, moralidade e a própria ideia de eficiência. Sabe-se que o princípio da eficiência é tido como um dos fundamentos para a própria ideia da possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais, sob a justificativa que as decisões tornam as prestações jusfundamentais mais eficientes e respeitam, assim, a vontade do constituinte. Parece-nos, contudo, que a não concretização dos direitos fundamentais e fundamentais sociais pela via administrativa causa, também, ferimento ao mesmo princípio e que o simples cumprimento das decisões judiciais que determinam a concretização de determinado direito – fundamental – não sana tal deficiência, mas em verdade, acaba por, possivelmente, feri-lo ainda mais.

Com as escusas necessárias, pois, pretende-se a partir de agora como seguimento do trabalho se mostrar que a omissão da administração pública em matéria de direitos fundamentais é,

---

<sup>21</sup> Para exemplos dessa má distribuição de recursos ante o necessário cumprimento de decisões judiciais ver: HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013. p. 351.

<sup>22</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 477.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

invariavelmente, inconstitucional, vez de que desrespeita aos princípios constitucionais a si iminentes, tomando-se a liberdade de discorrer um pouco sobre cada um deles (segurança jurídica, isonomia, legalidade e moralidade), para, por fim, discorrer mais atentamente a respeito do princípio da eficiência, procurando-se demonstrar que a judicialização em matéria de direitos fundamentais ante a omissão ou má prestação administrativa não respeita por si só o princípio da eficiência administrativa.

## 3. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como já anteriormente dito, pretende-se com este tópico demonstrar-se que o não respeito da administração pública aos princípios a si iminentes gera, invariavelmente, uma omissão administrativa inconstitucional, ou seja, quando da não ideal concretização dos direitos fundamentais pela administração pública, há um desrespeito aos princípios que de sua estrutura fazem parte, tornando a sua negativa de prestação, ou prestação falha, inconstitucional.

De início, então, falar-se-á a respeito do princípio da legalidade e em como o seu desrespeito em matéria de direitos fundamentais, mesmo quando se utilizando da prerrogativa da discricionariedade pode ser considerado inconstitucional.

Vale trazer de início os ensinamentos de Paulo Otero a respeito da legalidade em que se sustenta que diferente das ideias, em ponto, trazidas pela escola liberal, “[...] a legalidade administrativa não é mais hoje um simples produto da vontade do Estado ou de entidades infra-estaduais por si criadas ou controladas, antes se revela, inevitável e imperativamente, aberta a fontes normativas externas ou que, pelo menos, escapam na sua produção a um controlo integral pela vontade dos órgãos do Estado”, ou seja, a legalidade administrativa não pode se ver mais sozinha do mundo jurídico, mas deve levar em consideração as questões relacionadas ao direito internacional e comunitário<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003. p. 150-52.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

Há, de fato, um modelo de legalidade administrativa que possui “[...] um modelo normativo aberto, ponderativo de interesses, bens e valores concorrenciais e, neste sentido, imprevisível na sua concretização aplicativa”<sup>24</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello vai em linha pontual ao afirmar que o princípio da legalidade é um “[...] princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”, vez que é imanente ao Estado de Direito<sup>25</sup>. Mais ainda, para o autor “o princípio da legalidade contrapõe-se (...) a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes”, uma vez que se traduz na ideia de que “[...] a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistentes na expedição de comandos complementares à lei”<sup>26</sup>.

De tal modo que se pode concluir que “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”, sendo correto afirmar, assim, que “[...] a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete o Direito brasileiro”<sup>27</sup>.

Perceba-se, então, que a definição do princípio da legalidade por si só já mostra a não possibilidade de que a Administração Pública se escuse do seu dever legal, dando respaldo, assim, para a afirmativa de que deve cumprir os dispositivos legais e constitucionais em sua máxima medida – não há a possibilidade de cumprimentos parciais –, o que fundamenta que as normas definidoras de direitos fundamentais e fundamentais sociais devam ser, invariavelmente, cumpridas de forma ótima, como mostrou-se ser a intenção do legislador Constituinte.

---

<sup>24</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003. p. 162.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. atual. 2012. p. 102-03.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. atual. 2012. p. 103.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. atual. 2012. p. 104.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

Outro princípio que também se vê violado quando da ineficiência da administração pública na concretização dos direitos fundamentais refere-se ao princípio da segurança jurídica. Para o professor Almiro do Couto e Silva “[...] a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade”. Para referido professor “segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito”<sup>28</sup>.

Perceba-se, assim, a importância de referido princípio para o bom andamento da administração pública. Tanto assim o é, que este princípio encontra-se positivado no texto legal, especificamente no artigo 2º da lei 9.784/99, dispondo que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”, ou seja, houve um cuidado claro do legislador em colocar referido princípio de forma expressa no texto legal, vinculando a administração pública ao seu cumprimento. Ingo Wolfgang Sarlet na mesma linha de raciocínio defende, também, que “[...] o clamor das pessoas por segurança (...) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico – por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito”<sup>29</sup>.

Não existem dúvidas, então, de que o princípio da segurança jurídica é ponto basilar de um Estado de Direito, como é o caso do Brasil. Fixada a demonstração de sua importância, vale

---

<sup>28</sup> SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito brasileiro e o direito da Administração de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, abr./mai./jun., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>>. p. 11.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85-129. p. 85.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

demonstrar como referido princípio se opera para que então se mostre como a sua violação pode causar uma inconstitucionalidade administrativa. Gustavo Marinho de Carvalho aponta que o princípio da segurança jurídica “[...] tem por objetivo majorar a estabilidade e a previsibilidade das relações entre os particulares e o Estado, por meio de um quadro normativo prévio e estável”, ou seja, segundo o mesmo autor, “[...] é a função do princípio da segurança jurídica: propiciar previsibilidade e estabilidade às pessoas”<sup>30</sup>.

Pode-se perceber, assim, que o princípio da segurança jurídica busca trazer estabilidade e certeza de que as decisões tomadas pelo Estado não serão abruptamente modificadas gerando prejuízos, danos, aos cidadãos. Nessa toada, Rafael Valim afirma que a certeza das decisões tomadas pelo Estado “[...] significa o seguro conhecimento das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e, assim, realizar plenamente seus desígnios sociais”<sup>31</sup>.

Repise-se, dessa maneira, a importância de referido princípio para o Estado de Direito e, mais ainda, para a manutenção de uma boa administração pública que busca efetivamente atingir os seus fins constitucionais, especialmente na esfera dos direitos fundamentais e fundamentais sociais.

Além do até aqui já discutido a respeito dos princípios, há uma necessidade inerente, especialmente quando se está a falar de segurança jurídica, de se tratar a respeito do princípio da igualdade ou isonomia, pois este princípio também está intimamente ligado com os ideais de um Estado de Direito e, conseqüentemente, com a ideal concretização dos direitos fundamentais.

No que concerne, então, a esse princípio, seu fundamento constitucional encontra-se no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, no qual consta que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse é o preceito que, insculpido na Carta Magna dentre

---

<sup>30</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 136.

<sup>31</sup> VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 91.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

os direitos e garantias fundamentais, permite a interpretação de que não há a possibilidade de haver tratamento desigual entre os indivíduos em matéria de direitos fundamentais.

Veja-se, portanto, que referido princípio busca manter o tratamento igual entre todos, excusando as formas de tratamento díspares por parte do Estado, notadamente na realização de direitos fundamentais. Remete à ideia de que a Administração deve tratar todos os cidadãos de forma igual quando se encontrem diante da mesma situação<sup>32</sup>.

Não diferente é o posicionamento de Daniel Wunder Hachem ao aduzir que o princípio da isonomia deve ser, inegavelmente, considerado como um fundamento constitucional quando se está a discutir a matéria dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais sociais, vez que “[...] é para que todos possam desfrutar de posições substancialmente igualitárias no âmbito da sociedade que as Constituições impõem aos Estados o dever de promover ações sociais interventivas, interferindo nas relações interprivadas para equiparar juridicamente os sujeitos hipossuficientes e ampliando o acesso dos marginalizados a bens e serviços econômicos, sociais e culturais”<sup>33</sup>.

Vale trazer ainda o arguido por Gustavo de Marinho Carvalho ao afirmar que o princípio da igualdade não deve ser levado em conta tão somente quanto da produção de uma lei pelo legislador, mas deve ser igualmente considerado e respeitado pelo aplicador do direito, seja quem for o sujeito que colocará a lei em prática, vez que esse não poderá aplicar a mesma lei de forma diferente quando estiver a frente de casos “substancialmente similares”<sup>34</sup>.

Perceba-se, assim, que o princípio da isonomia está intimamente ligado a matéria da efeti-

---

<sup>32</sup> DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 maio. 2016. p. 98.

<sup>33</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015. p. 66.

<sup>34</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 134.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

vação dos direitos fundamentais, vez que é ele o responsável por assegurar que as decisões além de serem seguras – através do papel da segurança jurídica – sejam igualitárias a todos os cidadãos que se encontrem em situações concretas similares.

Além dos princípios já aqui falados, outro princípio cuja atenção é merecida refere-se ao princípio da moralidade administrativa. Referido princípio também se encontra esculpido no artigo 2º da lei 9784/99<sup>35</sup>, bem como no artigo 37 da Constituição Federal de 1988<sup>36</sup> e é de suma importância para a ideal realização dos fins constitucionais da Administração Pública.

Esse princípio revela-se como a imputação de regras éticas à Administração Pública. Para Ricardo Marcondes Martins “não diz respeito àquilo que se costuma fazer, mas àquilo que se espera que se faça, tendo em vista o juízo objetivo da sociedade sobre o certo e o honesto”<sup>37</sup>.

Diz-se regra ética uma vez que não há necessidade de ponderação por parte da Administração Pública para se saber até quando deve ser honesta e agir com boa-fé<sup>38</sup>, pois o administrador, incumbido de função pública e responsável por sempre buscar atingir o melhor para o interesse público, não pode ser antiético, agindo de forma improba.

Para Manoel de Oliveira Francisco Sobrinho referido princípio se justifica uma vez que o direito e a moral sempre possuem, ao menos, uma mínima relação. Essa relação, justificada a par-

---

<sup>35</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

<sup>36</sup> 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 [...].

<sup>37</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015., p. 49.

<sup>38</sup> Para o autor, “trata-se de uma regra de estrutura que disciplina o exercício da função administrativa” MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

tir, ainda, da legalidade, é que mostra a necessidade do administrador público sempre ter seus atos atrelados à moral, à ética, ou seja, ao princípio da moralidade<sup>39</sup>.

Com argumentos bastantes contundentes, também, Thiago Marrara aduz que quando se está a falar de moralidade no Brasil, está-se necessariamente a interpretá-la a partir da própria ideia de Estado Democrático de Direito<sup>40</sup>. Para referido autor, “a moralidade administrativa representa o respeito aos valores maiores do Estado, ou seja, aos valores, eleitos democraticamente e consagrados no ordenamento jurídico, que justificam a existência e a ação do Poder Público, inclusive de modo a restringir a liberdade e a propriedade privada em algumas situações”, ou seja, “[...] agir de acordo com a moralidade administrativa significa agir de acordo com as finalidades públicas legítimas”<sup>41</sup>.

Podendo-se argumentar, enfim, que “[...] a moralidade administrativa impõe a atuação proba, razoável e cooperativa da Administração Pública, suas entidades, órgãos e agentes públicos quer em relações internas (...), quer em relações externas, *i.e.*, envolvendo a Administração Pública de um lado, e os administrados, de outro”<sup>42</sup>.

Veja-se, portanto, que a moralidade também não pode se ver distante da discussão inerente aos direitos fundamentais, vez que atos desse cunho sempre estarão vinculados aos deveres morais e éticos pertencentes do Estado Democrático e de Direito e responsáveis pela ideal busca do interesse público, do bem comum.

Por fim, outro princípio que merece ser aqui tratado, refere-se ao princípio da eficiência.

---

<sup>39</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2 ed., Curitiba: Gênese, 1993. p. 29.

<sup>40</sup> MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 161.

<sup>41</sup> MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 165.

<sup>42</sup> MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

Muito se discute a respeito de referido princípio e de sua positivação no texto constitucional<sup>43</sup>, mostrando-se a sua importância para o bom andamento da máquina administrativa e a necessidade de que o administrador seja, na tomada de seus atos, eficiente.

Quando se coloca tal assunto em pauta, algumas discussões a respeito do termo eficiência vem à tona, isso porque deve haver certo cuidado para não confundi-lo com outros termos como eficácia. Luciano Parejo Alfonso afirma que a diferença entre eficácia e eficiência está no fato de que a primeira se refere a uma produção real e efetiva que cause determinado efeito, enquanto a segunda se refere a idoneidade que a atividade dirigida a determinado fim que tenha sido eficaz detém. De toda forma, o próprio autor afirma que mesmo possuindo tais diferenças, ambos os institutos possuem uma estreita conexão<sup>44</sup>. Ou seja, clarificando o pensamento, diz o autor que “la eficacia se centra em el resultado de la acción, mientras que la eficiencia lo hace en la acción misma”<sup>45</sup>.

Pode-se dizer ainda mais quando se afirma que “o princípio da eficiência administrativa é norma constitucional estampada expressamente no texto da CRFB/88, que juridiciza o valor eficiência das Ciências Econômicas e da Administração, incorporando-o ao mundo jurídico [...]”<sup>46</sup>. Afinal, como bem coloca Onofre Alves Batista Junior “[...] os referenciais de eficiência, verdadeiros parâmetros ou regras de boa administração, servem para indicar o caminho da atuação da AP, nas

---

<sup>43</sup> O princípio da eficiência, como já visto, integra o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, demonstrando a sua importância e o cuidado tido ao fixa-lo como norma constitucional.

<sup>44</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: três estudos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p. 92.

<sup>45</sup> ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: três estudos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995. p. 98.

<sup>46</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 327.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

zonas discricionárias abertas pela disciplina jurídico normativa; fornecem guias para a busca da melhor solução no exercício da atividade administrativa, tanto na preparação como na execução<sup>47</sup>.

A ideia representada pelo princípio da eficiência se traduz, no cenário da Administração Pública, pela busca da concretização do interesse público através do binômio menor gasto *versus* maior satisfação do respectivo interesse público colocado em jogo, acrescentando-se, todavia, a necessidade de sempre estar-se a respeitar o princípio da legalidade<sup>48</sup>.

Em outras palavras, pode-se dizer que o princípio da eficiência se traduz na vinculação do administrador a prestar um serviço público que “[...] além de se dar com presteza, agilidade, perfeição e rendimento, deve ser feita nos limites da lei, sempre voltada para o alcance de uma finalidade pública, respeitando-se parâmetros morais válidos e socialmente aceitáveis<sup>49</sup>. Mais ainda, pode-se dizer que o administrador será de fato eficiente quando der o ideal cumprimento da lei mesmo na utilização de sua prerrogativa discricionária<sup>50</sup>, ou seja, um administrador eficiente é que aquele que, especialmente quando se utilizando de sua competência discricionária, toma determinado ato de forma a garantir a melhor concretização do interesse público, ao mesmo tempo que se preocupa em ter os menores gastos e se manter fiel ao princípio da legalidade.

Diante dessas concepções, se torna clarividente que há uma omissão constitucional, até mesmo uma violação, quando a Administração Pública deixa de cumprir, ou cumpre mal, as suas funções constitucionais, notadamente no que se refere a concretização de direitos fundamentais. Explica-se: Como já oportunamente visto linhas atrás, há uma deficiência institucional quando o assunto é efetividade dos direitos fundamentais, sendo certo que tais direitos não têm sido devi-

---

<sup>47</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 329.

<sup>48</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003. p. 190.

<sup>49</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003. p. 194.

<sup>50</sup> SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003. p. 205.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

damente proporcionados pela Administração Pública, seja pela falta da construção de meios aptos para tanto, seja pelo mau gerenciamento de recursos públicos e da própria estrutura administrativa, o que mostra, inegavelmente, uma omissão do Poder Público nessa matéria.

Tal omissão, por certo, é inconstitucional, vez que fere a todos os princípios constitucionais aos quais a Administração Pública tem o dever de se vincular. Fere ao princípio da legalidade uma vez que vai claramente contra os dispositivos constitucionais que determinam a ideal concretização dos direitos fundamentais; fere aos princípios da segurança jurídica e igualdade vez que não há uma uniformização das decisões, o que permite uma judicialização excessiva dos direitos fundamentais que atendem apenas a uma pequena parcela elitizada da população, ou seja, deixa grande parte do povo que se encontra, em casos concretos substancialmente iguais, sem a devida prestação dos direitos que lhes seriam inerentes, ao mesmo tempo que concede aos cidadãos que, novamente como bem afirma Daniel Wunder Hachem, possuem uma sentença; fere, ainda, ao princípio da moralidade pois, afinal, é claro que atos não isonômicos e sem segurança jurídica e que, ainda, não dão conta de cumprir com as necessidades públicas e, conseqüentemente, com os fins constitucionais fundamentais, jamais poderiam ser considerados morais; e, por fim, fere com o princípio da eficiência, vez que nitidamente – e tal conclusão se percebe a partir do alto nível de demandas judiciais em que a Fazenda Pública é parte<sup>51</sup> – não se faz uma gestão eficiente quando se deixa nas mãos do judiciário a função de decidir causas cuja competência originária seriam da própria Administração Pública que é detentora, em tese, do conhecimento das necessidades sociais e dos recursos públicos existentes.

Pode-se dizer, então, que há, de fato, uma omissão da Administração Pública em matéria de

---

<sup>51</sup> Apenas a título exemplificativo, fazendo-se uma sucinta análise a respeito das demandas judiciais envolvendo a Fazenda Pública no âmbito da justiça federal, especificamente na 4ª região, chega-se ao número total de 989.423 (novecentos e oitenta e nove mil e quatrocentos e vinte e três) processos novos, apenas no segundo semestre do ano de 2014, envolvendo todos os graus de sua jurisdição (dados retirados do site do Conselho Nacional de Justiça em 13 de janeiro de 2017: [http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=2014\\_2\\_30](http://www.cnj.jus.br/relatorio-justica-em-numeros/#p=2014_2_30))

# **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

efetivação de direitos fundamentais sendo certo, ademais, trazer o afirmado por Clémerson Merlin Clève de que, por mais que a busca ao Judiciário seja uma solução possível, “[...] não há em nosso país ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões”, vez que “[...] os mecanismos processuais colocados à disposição, pelo Constituinte, para o controle da omissão inconstitucional são bastante tímidos”<sup>52</sup>, o que nos mostra a necessidade de que os estudiosos do direito, especialmente do direito administrativo e constitucional, busquem instrumentos, meios, métodos que possibilitem um maior controle das omissões inconstitucionais administrativas e, ainda mais, permitam maior segurança, igualdade, moralidade, legalidade e eficiência quando o assunto em pauta refere-se a concretização dos direitos fundamentais.

## **4. A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS COMO FORMA DE CONTROLE DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS INCONSTITUCIONAIS**

Bem, como visto no final do tópico antecessor, mostra-se necessária a busca por meios e instrumentos, pelos operadores do Direito, que sejam aptos a dar conta do controle das omissões inconstitucionais administrativas, notadamente na seara dos direitos fundamentais e direitos fundamentais sociais. Dessa maneira, parece certo pôr na mesa a proposta da utilização dos precedentes administrativos, e sua respectiva vinculação, pela Administração Pública com o intuito de tornar suas omissões mais controláveis e, ainda mais importante, de possibilitar uma otimização no âmbito da efetividade e concretização das normas regulamentadoras de direitos fundamentais e fundamentais sociais.

Tal proposta se justifica ante o próprio caráter dados aos precedentes administrativos, por certo discussão relativamente nova no Brasil, mas que há algum tempo já vem sendo discutida no

---

<sup>52</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemerson-cleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016. p. 2.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

cenário internacional<sup>53</sup>, de instrumento apto a garantir o ideal respeito aos princípios constitucionais, em especial os tratados no presente trabalho.

Explica-se: a ideia dos precedentes administrativos é que exista uma vinculação da Administração Pública para com suas próprias decisões em matéria de direitos fundamentais e fundamentais sociais, ou seja, que existam decisões administrativas bem fundamentadas que atendam efetivamente aos requisitos encontrados dentro do caso concreto específico e respeitem, obviamente, aos princípios constitucionais a si imanentes e que, desse modo, tornem-se paradigmas a serem seguidos pelas decisões administrativas posteriores.

Essa lógica se justifica ante ao próprio conteúdo dos princípios constitucionais nesse trabalho estudados, ou seja, do mesmo modo que os precedentes podem ser utilizados como um instrumento de controle das omissões administrativas – consequentemente do desrespeito aos princípios – eles – os princípios – dão o embasamento necessário para a justificativa dos precedentes.

---

<sup>53</sup> No Brasil, trabalhos como o de Gustavo Marinho Carvalho, Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros e Daniel Wunder Hachem são expoentes sobre o tema. Para aprofundamento no estudo ver: CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.; BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação./Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros. - 2014. 120 f.; e HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais*: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. A respeito das pesquisas elaboradas sobre os precedentes administrativos no cenário internacional, ver as obras de: DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>; GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Revista de derecho de la Universidad de Montevideo. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>; e GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. *La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano*. Revista de derecho de la Universidad de Montevideo. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros conceitua, assim, os precedentes administrativos como sendo “[...] decisões anteriores que funcionam como modelo para novas decisões em situações similares.”<sup>54</sup>. Deve-se levar em conta que para que uma decisão seja considerada um precedente deve atender a algumas características que a tornem um paradigma, isto é, tenha força pra influenciar, de fato, outras decisões, de tal sorte que “[...] casos análogos ou substancialmente similares submetidos à decisão da Administração devem obter a mesma solução já formada”<sup>55</sup>.

Os precedentes administrativos tomam forma a partir do momento que a Administração toma um mínimo de decisões similares e coincidentes sobre determinada temática e, com isso, utiliza tais decisões como embasamento para decidir as demais. É importante destacar que tais decisões tomadas pelo Estado Administração não precisam necessariamente ter sido consecutivas, mas sim que a Administração tenha, de fato, as usado como embasamento para outras decisões<sup>56</sup>.

Não diferente, pode-se dizer que o precedente administrativo constitui uma norma objetiva de direito originada a partir de um mínimo de duas decisões tomadas pelo Estado Administração,

---

<sup>54</sup> BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação./Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros. – 2014. 120 f. p. 35.

<sup>55</sup> BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise dos mapas de citação./Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros. – 2014. 120 f. p. 11 e 12.

<sup>56</sup> GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>. p. 152-153: *Dentro dicha definición debe reiterarse, críticamente, que no puede operar como criterio determinante de la definición del precedente administrativo la concurrencia de un mínimo de decisiones coincidentes, ya que puede ocurrir que la doctrina probable, o precedente administrativo, no tenga ocurrencia en períodos consecutivos, esto es, que no es un elemento esencial para la construcción de un concepto válido entre nosotros, de precedente administrativo el que el mismo hubiere sido reiterado para efectos de garantizar su carácter vinculante y su debida aplicación por las autoridades administrativas en sus decisiones. Una decisión contentiva de una sólida ratio decidendi es suficiente para determinar y abrir un camino de aplicación de una solución jurídica para los múltiples casos futuros.*

## DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

no exercício do seu poder discricionário<sup>57</sup>. Diz-se, dessa forma, que no momento em que a Administração toma uma decisão com relação a determinada questão, tratando-a de forma indiferente, ou seja, decidindo sempre da mesma forma quando a discussão versar sobre questão igual, se estará diante do precedente administrativo, que, nas palavras de Augusto Durán Martínez<sup>58</sup>, “[...] pone en el tapete el principio de buena fe, o de igualdad, o de confianza legítima, o de expectativa plausible, o de certidumbre jurídica, o de equidad, o de justicia natural, y sobre todo el de seguridad jurídica, o todos ellos”. Sendo certo que é, devido ao respeito a esses princípios que a Administração se vê obrigada a respeitar aos precedentes<sup>59</sup>. Assim, pode-se dizer que o precedente administrativo é “[...] a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, do tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública para todos os casos posteriores e substancialmente similares”<sup>60</sup>.

Ainda mais, é oportuno trazer o sustentado por Daniel Wunder Hachem de que a vinculação da Administração Pública aos precedentes ocorre quando a decisão possui um cunho positivo,

---

<sup>57</sup> DIAZ, José Ortiz. El precedente administrativo. *Revista de Administración Pública*. Espanha. n. 24. p. 75–116. 1957. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2112205>>. Acesso em: 29 mai. 2016. p. 102: [...] la norma de derecho objetivo inducida de dos decisiones al menos de la administración activa, en el ejercicio de sus facultades discrecionales [...].

<sup>58</sup> MARTÍNEZ, Augusto Durán. El Precedente Administrativo. *Revista de Derecho de La Universidad del Uruguay*. 2010. p. 51-78.

<sup>59</sup> MARTÍNEZ, Augusto Durán. El Precedente Administrativo. *Revista de Derecho de La Universidad del Uruguay*. 2010. p. 51-78. p. 73: *Por eso, si la Administración en un determinado momento adoptó una determinada postura, ha provocado que la cuestión deje de ser indiferente. Es esa actuación administrativa, que llamamos precedente administrativo, que pone en el tapete el principio de buena fe, o de igualdad, o de confianza legítima, o de expectativa plausible, o de certidumbre jurídica, o de equidad, o de justicia natural, y sobre todo el de seguridad jurídica, o todos ellos. Es que sin ese antecedente no se plantearían esas cuestiones. Y para eso basta un solo acto, no es necesaria la reiteración. Es precisamente por ese precedente que, a los efectos de no desconocer esos principios, la Administración está obligada a actuar de la misma manera. Y si está obligada a actuar de la misma manera es porque el precedente administrativo es fuente de derecho (p. 73).*

<sup>60</sup> CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 84.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

isto é, traz algum tipo de benefício ao administrado afetado pela respectiva decisão, ou seja, deve a decisão administrativa, que terá força de precedente, ser favorável ao cidadão<sup>61</sup>.

Sendo assim, resta claro que a utilização dos precedentes pode, sim, ser uma forma de garantir um maior controle das decisões administrativas, impedindo omissões e conseqüentemente a sua inconstitucionalidade. Ao se ter uma decisão administrativa que respeite aos preceitos constitucionais insculpidos na Carta Constitucional de 1988 e que, ainda, essa seja benéfica ao administrado, torna-se difícil pensar em casos onde a Administração Pública não tenha a obrigatoriedade de se vincular a respectiva decisão em casos concretos substancialmente similares, pois, afinal, é seu papel, como já visto no decorrer do trabalho, garantir a maior efetivação possível dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que presta respeito a todos os princípios constitucionais a si iminentes. De modo que, em havendo a devida vinculação, o controle de seus atos e, conseqüentemente, das possíveis omissões se torna visível e palpável, uma vez que haverá uma necessidade de uma argumentação muito maior por parte do agente público para que determinada decisão que possua força de precedente seja modificada ou não cumprida a ponto de não gerar uma inconstitucionalidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção do presente trabalho foi discorrer a respeito do dever constitucional do Estado, mais especificamente da Administração Pública, em zelar e concretizar os direitos fundamentais em seu grau máximo. Procurando-se, primeiro, demonstrar que essa competência decorre de uma própria ideia de um Estado Democrático, Social e de Direito, como é o caso brasileiro.

Fixado esse primeiro ponto, pretendeu-se demonstrar que tal função estatal não se dá da forma devida, deixando o povo, verdadeiro detentor dos direitos fundamentais e alma do Estado,

---

<sup>61</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 474-75.

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

à deriva de prestações jusfundamentais dignas, o que acaba por gerar, indiscutivelmente uma inconstitucionalidade devido a uma omissão administrativa e um alto nível de demandas judiciais para a busca do controle de tais omissões e para a concretização dos direitos fundamentais – função originariamente administrativa. Sendo assim, buscou-se demonstrar que referida omissão decorre do desrespeito aos princípios constitucionais imanentes a Administração Pública, especificamente, por fins metodológicos do presente artigo, os princípios da legalidade, segurança jurídica, isonomia, moralidade e eficiência.

Com isso, a necessidade de se pensar meios e buscar instrumentos que sejam aptos a controlar respectivas omissões, ao mesmo tempo que otimizem a prestação de direitos fundamentais sociais pela via administrativa se mostrou clarividente, tornando-se objetivo central da pesquisa: Demonstrar que a utilização dos precedentes administrativos e a respectiva vinculação da Administração Pública a eles é uma proposta válida para sanar tais omissões e, conseqüentemente, garantir um maior nível de concretização das prestações jusfundamentais.

Em sendo referida proposta aceita, parece certo afirmar que se terá um cenário administrativo mais seguro, moral, igualitário e eficiente, ou seja, um Estado efetivamente Democrático, Social e de Direito, de modo a materializar as intenções constitucionais postas no mundo jurídico pelo Constituinte de 1988.

### **REFERÊNCIAS**

ALFONSO, Luciano Parejo. **Eficacia y administración**: três estudos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.

BARROS, Marco Antonio Loschiavo Leme de. **Segurança jurídica extrajudicial e precedentes administrativos**: uma investigação sobre a aplicação de precedentes do Cade a partir da análise

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

dos mapas de citação./Marco Antonio Loschiavo Leme de Barros. - 2014. 120 f.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo. Saraiva. 2014. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502228061>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no Direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CLÉVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. 2013. Disponível em: <<http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2013/04/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2015.

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

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Forense, 2013. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4761-3>>. Acessado em: 23 dez. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **El papel de la función judicial en el estado de derecho**. 2003. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1695/5.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

\_\_\_\_\_, Luigi. **Pasado y futuro del estado de derecho**. 2001. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-2001-17-0011/pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

FILOMENO. José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**, 8 ed.

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

Forense, 2012. VitalBook file. Disponível em: <<http://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4443-8>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

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

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2 ed., Curitiba: Gênese, 1993.

GAMBOA, Jaime Orlando Santofimio. La fuerza de los precedentes administrativos en el sistema jurídico del derecho positivo colombiano. **Revista de derecho de la Universidad de Montevideo**. 2010. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Santofimio-Gamboa-La-fuerza-de-los-precedentes-administrativos-en-el-sistema-juridico-del-derecho-positivo-colombiano.pdf>>.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

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

\_\_\_\_\_, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós- Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. **A&C – Revista de Direito**

# DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle

---

- Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 63-91, jan./mar. 2015.
- MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARTÍNEZ, Augusto Durán. **El Precedente Administrativo**. Revista de Derecho de La Universidad del Uruguay. 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de Direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. atual. 2012.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003.
- RIBEIRO, Wesley Carlos; JULIO, Renata Siqueira. **Direito e Sistemas Públicos de Saúde nas Constituições Brasileiras**. Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 15- n. 3. set-dez 2010. Disponível em: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. Acesso em: 22 dez. 2016.
- SANTOS, Alvacir Correa dos. **Princípio da eficiência da administração pública**. São Paulo: LTR, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no Direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 85-129.
- SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito brasileiro e o direito da Administração de anular seus próprios atos administrativos: o prazo

## **DIREITOS FUNDAMENTAIS, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OMISSÃO INCONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVA: os precedentes administrativos como proposta de controle**

---

decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, abr./mai./jun., 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005-ALMIRO%20DO%20COUTO%20E%20SILVA.pdf>

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

# **FUNDAMENTAL RIGHTS, CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND ADMINISTRATIVE UNCONSTITUTIONAL OMISSION: administrative precedents as a proposal for control**

---

## **ABSTRACT**

The Federal Constitution of 1988 was zealous in putting the fundamental rights in a prominent place in its text. It is true that from its interpretation one realizes the need to protect and concretize these rights to the maximum extent, and this role is entrusted to the State and, more specifically, to the Public Administration in the first instance. The problem arises, however, at the moment when it is perceived that such constitutional intentions have not been fulfilled in due form, before an administrative omission. It is from this point that the intention of the present paper emerges, it is intended to demonstrate that this omission occurs due the disrespect of the constitutional principles immanent to the Administration - for the present work, specifically the principles of legality, legal security, equality, morality and efficiency - and that the means to carry out eventual control of these omissions and a real realization of fundamental rights are not enough, so here is the proposal of this paper: that the use and linkage of the Public Administration to administrative precedents start to be used as a way to rationalize the control of administrative omissions and to ensure a more effective, efficient, secure and egalitarian Public Administration.

## **KEYWORDS**

Fundamental Rights, Constitutional Principles, Administrative Precedents, Rule of Law, Administrative Omission.