



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REBECA SANTA CRUZ SILVA

A APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Recife

2019

REBECA SANTA CRUZ SILVA

A APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: “Transformações do Direito Público”, linha de pesquisa 1.1 – “Jurisdição e processos constitucionais”.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha.

Recife
2019

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

S586a Silva, Rebeca Santa Cruz.
A aplicação administrativa dos precedentes judiciais / Rebeca Santa Cruz
Silva. – Recife, 2019.
162 f.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo José Ribeiro Coutinho B. Carneiro da Cunha.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de
Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2019.

Inclui referências.

1. Direito Processual Civil – Brasil. 2. Administração Pública. 3. Poder público. I. Cunha, Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da (Orientador). II. Título.

347.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2020-28)

REBECA SANTA CRUZ SILVA

A APLICAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 13/09/2019

BANCA EXAMINADORA

Prof^o. Dr. Leonardo José Ribeiro Berardo Carneiro da Cunha (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^o. Dr. Hermes Zanetti Júnior (Examinador Externo)
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof^o. Dr. Paulo Mendes de Oliveira Instituição (Examinador Externo)
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof^o. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior Instituição (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Antes de tudo, a Deus.
À memória do meu querido avô,
Sergioviqne Santa Cruz,
por ter sido a minha referência
de ser humano e profissional.

RESUMO

É visível o avanço dos trabalhos doutrinários sobre o tema dos precedentes judiciais no Brasil, a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, diploma este que veio institucionalizar o *stare decisis* como técnica para garantir segurança jurídica e igualdade na prestação jurisdicional, sobretudo nos casos repetitivos. Porém, para extrair as diversas utilidades que um sistema de precedentes pode trazer à sociedade, é preciso pensar além das potencialidades conferidas pela legislação processual. Nessa perspectiva, o presente trabalho se propõe a estudar o reflexo e o impacto da teoria dos precedentes judiciais no âmbito da Administração Pública, nas relações entre o Poder Público e os particulares, à luz das particularidades que envolvem o regime jurídico administrativo. A análise da possibilidade da aplicação administrativa dos precedentes judiciais constitui um braço de especial relevo nos estudos envolvendo o amplo fenômeno dos precedentes judiciais. A litigância habitual do Poder Público denota a importância do assunto, porquanto o problema da judicialização massiva das questões administrativas decorre, em grande medida, da recalcitrância da Administração em não aplicar administrativamente o entendimento sedimentado pelos tribunais. Embora não haja disposição normativa expressa, o dever jurídico de vinculação administrativa aos precedentes judiciais pode ser extraído do sistema jurídico constitucional. É necessário conferir aos jurisdicionados e aos administrados o mesmo tratamento diante de situações jurídicas equivalentes. Não é apenas o Judiciário que pode se beneficiar de um sistema de precedentes, o *stare decisis*, se bem compreendido e operado, dando-se a ele a devida abrangência, também poderá ser de grande valia ao Poder Público e aos administrados.

Palavras-chaves: Precedentes Judiciais; Código de Processo Civil de 2015; Administração Pública; Regime Jurídico Administrativo; Litigância Habitual; Poder Público.

ABSTRACT

It's visible the progress of the doctrinal work about the judicial precedents in Brazil theme, from the promulgation of the Code of Civil Procedure of 2015, this diploma came to institutionalize the *stare decisis* as a technique to ensure legal security and equality in jurisdictional provision, especially about the repetitive cases. However, to extract the various utilities that a system with precedents can bring to the society, is vital to think beyond the potentialities verified by the procedural legislation. Following this perspective, the present work is proposed to study the reflection and the impact of the judicial precedent theory in the Public Administration scope, in the relations among the Public Authority and the private, to the light that particularly involves the juridical administrative regime. The analysis of the possibility in the administrative application of the juridical precedents establish an arm of special relevance in the studies that involves the large phenomenon of the judicial precedents. The habitual litigation of the Public Authority denotes the importance of the subject, considering the issue of the massive judicialization for the administrative questions due, in big measure, the recalcitrance of the Administration in not applying administratively the understanding sediment by the courts. Although there is not an expressed normative disposal, the judicial duty of the administrative linkage to the justiciary precedents can be extracted from the legal constitutional system. It's essential to confer to the jurisdictional and the managed the same treatment before the equivalent juridical situations. It is not just the Judiciary that can benefit itself from the system of precedents, the *stare decisis*, if well understood and operated, giving to it the proper range, will also be of a great value to the Public Authority and the administrated.

Keywords: Judicial Precedents; Code of Civil Procedure of 2015; Public Administration; Juridical Administrative Regime; Habitual Litigation; Public Authority.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. LINHAS GERAIS SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS	14
2.1. Considerações iniciais.....	14
2.2. O que é um “precedente”?.....	14
2.3. Categorias fundamentais para a compreensão dos precedentes	16
2.3.1. <i>Ratio decidendi e obiter dictum</i>	17
2.3.2. <i>Técnicas para aplicação e afastamento de precedentes</i>	19
2.3.2.1. Distinção	20
2.3.2.2. Superação	21
2.4. Precedentes: uma realidade de qualquer ordenamento jurídico	24
2.5. O grau de eficácia dos precedentes: persuasão e vinculação.....	25
2.6. A igualdade na entrega da prestação jurisdicional	29
2.7. O problema da excessiva dispersão jurisprudencial	30
2.8. Os precedentes no Brasil	35
2.8.1. <i>A gradativa valorização dos precedentes no ordenamento brasileiro</i>	35
2.8.2. <i>O sistema brasileiro de precedentes vinculantes</i>	40
2.8.3. <i>Precedente como fonte do Direito no ordenamento brasileiro</i>	49
3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS	53
3.1. Uma distinção necessária: os precedentes administrativos e os precedentes judiciais..	53
3.2. A aplicação dos precedentes judiciais pela Administração Pública.....	55
3.2.1. <i>Os precedentes judiciais no processo judicial e a atuação da Fazenda Pública</i>	55
3.2.2. <i>Os precedentes judiciais no processo administrativo</i>	60
3.3. O regime jurídico administrativo e os seus aparentes obstáculos	61
3.3.1. <i>O princípio da legalidade administrativa</i>	61
3.3.1.1. Estabelecimento de uma premissa necessária: aplicar precedente não pressupõe o afastamento da lei	64
3.3.1.2. A crise da lei administrativa	65
3.3.1.3. A ilusão da legalidade como mecanismo de heterovinculação desde a gênese do Direito Administrativo	71
3.3.1.4. O amplo poder normativo do Executivo	72

3.3.1.5. O amplo espaço de discricionariedade administrativa	74
3.3.1.6. A autovinculação do Executivo e a inutilidade da legalidade como entrave	76
3.3.1.7. A busca por um novo paradigma de atuação estatal: da legalidade à juridicidade	78
3.3.1.8. A inclusão dos precedentes judiciais no conteúdo da “juridicidade administrativa”	80
3.3.2. O princípio da separação dos poderes	81
3.3.2.1. O caráter normativo da atividade jurisdicional mediante os precedentes	84
3.3.2.2. O Judiciário e o Executivo como intérpretes e o problema da divergência interpretativa	86
3.3.2.3. A aplicação administrativa dos precedentes judiciais em respeito à tripartição dos poderes.....	88
3.3. A desnecessidade de autorização normativa expressa.....	89
4. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES	92
4.1. Segurança jurídica	92
4.2. Isonomia: a promoção da tutela igualitária para administrados e jurisdicionados	96
4.3. Impessoalidade	97
4.4. Moralidade.....	98
4.5. Eficiência e economicidade: o respeito aos precedentes na fase administrativa para minimizar os prejuízos ao erário	98
4.6. Consensualidade: a aplicação administrativa dos precedentes como mecanismo de prevenção de conflitos e a utilização das câmaras de conciliação e mediação do art. 174 do CPC como instância intermediária de resolução de conflitos	101
5. A OPERACIONALIZAÇÃO DA PROPOSTA E A CONVENIÊNCIA DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS	105
5.1. Identificando os precedentes que vinculam a Administração Pública	105
5.2. A importância dos “atos normativos adaptativos”	106
5.3. A partir de que momento o precedente é aplicável administrativamente?.....	107
5.3.1. A eficácia do precedente como paradigma a partir do julgamento	108

5.3.2. <i>O sobrestamento e a eficácia do precedente</i>	112
5.4. O aparato normativo existente no ordenamento brasileiro para a aplicação administrativa dos precedentes judiciais	115
5.4.1. <i>A Lei Complementar 73/1993 e o Decreto Federal 2.346/1997</i>	115
5.4.2. <i>A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)</i>	117
5.4.3. <i>A formatação de aplicação de precedentes adotada pela Administração Federal Tributária</i>	119
5.5. As alternativas jurídicas viáveis diante do desrespeito administrativo aos precedentes judiciais: o ajuizamento de ação e de Reclamação Constitucional	122
5.5.1. <i>Brevíssimos apontamentos sobre a Reclamação Constitucional</i>	124
5.5.2. <i>A Reclamação Constitucional como elemento do sistema de precedentes vinculantes</i>	127
5.5.3. <i>O cabimento de Reclamação Constitucional contra ato administrativo que afronta precedente vinculante</i>	129
5.5.4. <i>Enfrentando o problema da enxurrada de reclamações</i>	131
5.5.4.1. O filtro do esgotamento das instâncias administrativas: a aplicação analógica do § 1º do art. 7º da Lei 11.417/2006	134
5.5.4.2. O diálogo da Administração com o precedente violado e a adequação futura do comportamento administrativo ao precedente	136
5.5.4.3. A reclamação repetitiva e a aplicação das regras do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos	138
5.6. O Poder Público em juízo e a litigiosidade repetitiva: a desjudicialização dos conflitos administrativos e o provável impacto no sistema de distribuição de justiça.....	138
6. CONCLUSÕES	143
REFERÊNCIAS	150

1. INTRODUÇÃO

É notório o aumento do interesse da comunidade jurídica e do avanço dos trabalhos doutrinários sobre a temática dos precedentes no Brasil a partir da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, afinal de contas, nunca o legislador havia conferido tanta atenção e espaço ao assunto. Pode-se dizer que o CPC-2015 inaugurou um sistema dogmático de vinculação aos precedentes¹, por meio do qual foi atribuída aos órgãos jurisdicionais a incumbência de zelar pela uniformidade e pela estabilidade da jurisprudência, bem como de respeitar determinados precedentes considerados como formalmente vinculantes. “Os precedentes vinculantes, são, sem dúvida uma das maiores mudanças da nova legislação”².

A institucionalização do *stare decisis* desponta como alternativa para reduzir a tamanha algazarra jurisprudencial que impera nos tribunais brasileiros e que tanto prejudica a segurança jurídica³, pois de nada adianta ser a mesma lei para todos, se os tribunais podem interpretá-la das mais diversas formas possíveis⁴, surpreendendo os jurisdicionados. Em termos práticos, é como se existissem tantas pautas de conduta, quantas forem as interpretações. É como se houvesse várias leis disciplinando a mesma situação⁵.

É inegável que a aleatoriedade da jurisprudência dificulta a capacidade de planejamento da sociedade e do mercado. O desenvolvimento dos negócios e a programação da vida social dependem da uniformidade da interpretação judicial sobre o Direito. Para a harmonia da vida em sociedade e para a prosperidade da economia, os cidadãos e os empresários precisam se sentir seguros para definir expectativas e programar comportamentos, levando em conta a interpretação do Direito conferida pelos tribunais⁶. Para que o homem possa se desenvolver e a economia tenha condições de frutificar, é imperioso racionalizar o sistema de distribuição de justiça, garantindo segurança jurídica e igualdade frente às decisões judiciais.⁷

¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2017, *passim*.

² ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 407.

³ “(...) a divergência jurisprudencial no Brasil atingiu níveis inaceitáveis, tornando a lei insuficiente para garantir a segurança jurídica à sociedade.” (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 16).

⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 32.

⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. Revista de Processo, São Paulo, a. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009, p. 146.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5 ed. São Paulo: RT, 2016, p. 133.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...cit.*, p. 133.

Diante dessa conjuntura, é inegável que a codificação da teoria dos precedentes obrigatórios constitui técnica que confere claros benefícios teóricos e práticos à sociedade⁸, representando um importantíssimo passo para a criação de um sistema racional de distribuição da justiça. Apesar disso, nenhuma legislação, por mais completa que pudesse ser, seria capaz de regular inteiramente o amplo fenômeno dos precedentes. Isso significa que explorar a teoria dos precedentes a partir tão somente das disposições previstas na legislação processual é deixar de retirar dela todas as potencialidades que se poderia extrair para a resolução dos mais diversos problemas na ordem jurídica, inclusive em outros ramos do Direito⁹. Dessa maneira, é preciso ir além das possibilidades conferidas expressamente pelo Código.

Nessa perspectiva, a análise da possibilidade da aplicação administrativa dos precedentes judiciais constitui um braço de especial relevo nos estudos envolvendo o amplo fenômeno dos precedentes judiciais. De nada adianta obter segurança jurídica e igualdade no ambiente jurisdicional e conviver com a insegurança e desigualdade no âmbito administrativo.

Não será objeto de aprofundamento a temática dos precedentes no ambiente jurisdicional, nos milhares de processos judiciais em que o Poder Público é parte, mesmo porque já é uma prática institucionalmente fomentada a valorização dos precedentes na atuação contenciosa da Fazenda Pública. Isto é, a necessidade de respeito aos precedentes judiciais pelo Poder Público em juízo não é algo problemático que levante grandes debates ou questionamentos, diferentemente do que ocorre quando a análise dessa possibilidade é voltada ao ambiente administrativo, tendo em vista as diversas nuances em torno do regime jurídico-administrativo.

Aliás, se a observância dos precedentes já é uma realidade quando o Poder Público está em juízo, por qual motivo esses mesmos precedentes não podem ser aplicados desde a análise administrativa do pleito, impedindo o surgimento do conflito? Seguir, ampla e preventivamente, entendimento consolidado pelos tribunais não seria uma questão de eficiência, economia e racionalidade, além de garantir a isonomia entre administrados e jurisdicionados? A recalcitrância do Poder Público em deixar de seguir, já no âmbito administrativo, a jurisprudência consolidada pelos tribunais atende ao interesse público?

Essas e diversas outras indagações serão respondidas ao longo do trabalho.

⁸ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 199, ano 36, p. 139-155, set. 2011, p. 140.

⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. Premissas fundamentais para entender os precedentes judiciais no código de processo civil. Disponível em: <https://emporiodoDireito.com.br/leitura/abdpro-51-premissas-fundamentais-para-entender-os-precedentes-judiciais-no-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 02 de fev. de 2019.

É essencial fortalecer doutrinariamente a noção de que a esfera administrativa costuma ser o local mais adequado e propício para a resolução de problemas e satisfação dos direitos.

A recalcitrância da Administração em manter entendimento superado pelos tribunais transforma o Judiciário na “porta das esperanças”¹⁰ para reinvidicação de prestações estatais que poderiam ser espontaneamente satisfeitas na esfera administrativa. Dito de outro modo, a não observância dos precedentes judiciais nas relações jurídico-administrativas incentiva as demandas em profusão, contribuindo para que o espaço judicial seja encarado como a instância ordinária para a resolução dos conflitos entre Estado e administrado.

Por isso, revela-se de suma importância identificar as ferramentas disponíveis no sistema que possam aliviar, em alguma medida, o problema da judicialização massiva das questões administrativas, reduzindo a participação do Poder Público em juízo; e o sistema de precedentes, sem dúvidas, é uma dessas ferramentas, repleto de potencialidades ainda inexploradas.

É justamente com essa pretensão que o presente trabalho propõe o estudo da seguinte questão: definir o campo de incidência da força obrigatória dos precedentes judiciais, analisando se eles podem (ou devem) irradiar efeitos extraprocessualmente e alcançar o Poder Público em suas relações jurídico-administrativas. Em suma, a problematização está na viabilidade jurídica da inserção da Administração Pública no sistema precedentalista ainda na fase administrativa, anteriormente à instauração do processo judicial, tendo em vista as peculiaridades que envolvem o regime jurídico administrativo.

A litigância habitual do Poder Público denota a importância do estudo da aplicabilidade dos precedentes pela Administração Pública de forma generalizada e preventiva. Isso porque, considerando que grande parte das demandas ajuizadas em face da Fazenda Pública veiculam pretensões seriais e repetitivas já pacificadas no âmbito do Judiciário, muito provavelmente o alinhamento entre os “precedentes judiciais” e os “precedentes administrativos” acarretaria um significativo impacto no sistema de distribuição de justiça¹¹.

A presente dissertação será dividida em quatro capítulos.

¹⁰ 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 e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 59, p.63-91, 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em 02 fev. 2018.

¹¹ “O simples e firme acatamento das decisões judiciais pela Administração Pública, por si só, já desafogaria, sem celeumas, os nossos tribunais” (FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 117-123, jan./mar 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>. Acesso em: 08 Fev. 2019).

O primeiro deles será dedicado ao estudo das linhas gerais da teoria dos precedentes obrigatórios, com ênfase nos institutos que serão utilizados ao longo da pesquisa. O objetivo do capítulo não é empreender um estudo aprofundado sobre a teoria dos precedentes, mas sim tratar das suas categorias fundamentais e dos seus principais aspectos, para que se possa bem compreender a problemática central da presente dissertação, que será desenvolvida nos capítulos seguintes. O último item do capítulo tratará, especificamente, sobre o sistema brasileiro de precedentes instituído pelo CPC-2015, delineando seu regime jurídico a partir da análise das suas principais regras.

O segundo capítulo, denominado de “a administração pública e os precedentes judiciais”, introduzirá a temática proposta, delimitando o objeto de pesquisa e descrevendo os principais obstáculos colocados pelo regime jurídico administrativo. Tais obstáculos serão objeto de enfrentamento, demonstrando-se a necessidade de redefinição de diversos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo, a partir da ordem constitucional vigente. O ponto central desse capítulo consiste em demarcar o conteúdo da “juridicidade administrativa”, já que a análise da possibilidade da aplicação administrativa dos precedentes passa, necessariamente, pela identificação das fontes normativas aptas à orientação do comportamento estatal.

No terceiro capítulo, serão analisados diversos fundamentos que justificam a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, que são: a segurança jurídica, a isonomia, a impessoalidade, a eficiência, a economicidade e a consensualidade. A ideia é demonstrar que há normatividade suficiente, extraída do sistema jurídico-constitucional, para fundamentar a existência de um dever administrativo de obediência aos precedentes judiciais.

No quarto capítulo, será traçada a proposta de operacionalização do presente trabalho, avaliando-se como e em qual medida os precedentes judiciais deverão influenciar a atividade da Administração Pública, de modo a viabilizar o reconhecimento espontâneo de direitos que já estejam amparados por jurisprudência consolidada em precedentes vinculantes. Ao final do capítulo, serão analisadas as vantagens e a conveniência que a vinculação da Administração aos precedentes judiciais pode trazer ao sistema de distribuição de justiça, principalmente mediante a redução da participação do Poder Público em juízo.

A abordagem será eminentemente dogmática, não envolvendo grandes reflexões filosóficas, nem debates aprofundados situados no domínio da Teoria Geral do Direito. O estudo será embasado, precipuamente, em obras de Hermenêutica Jurídica, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

2. LINHAS GERAIS SOBRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS

2.1. Considerações iniciais

Neste capítulo, serão estudadas as linhas gerais da teoria dos precedentes com a finalidade de fornecer as bases teóricas fundamentais à compreensão, funcionamento e aplicação dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nos institutos que serão utilizados ao longo da pesquisa.

2.2. O que é um “precedente”?

Como a própria nomenclatura sugere, precedente é um termo que está relacionado àquilo que é antecedente a outra coisa, ou seja, o precedente sempre é anterior a algum referencial que lhe é posterior, possuindo, assim, um aspecto nitidamente relacional. A estruturação básica do argumento por precedentes é a seguinte: deve ser feito X quando se der Y, porque antes já aconteceu Y e a ação tomada foi X¹².

Evidentemente, a argumentação por precedentes não é uma prática exclusiva do Direito, podendo ser encontrada em todos os aspectos da vida: todas as vezes que decisões humanas conscientes estiverem, por razões de justiça e coerência, baseadas na mesma solução dada, no passado, a uma idêntica ou semelhante questão, estará presente o argumento por precedentes.

No Direito, os precedentes, mais propriamente os judiciais, são decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais sobre casos concretos que possam representar um padrão de resolução, um ponto de partida, para casos futuros que tenham por objeto o mesmo problema jurídico. É dizer, os precedentes são decisões judiciais que servem como paradigma para a solução de casos subsequentes, sempre que estiverem presentes as mesmas questões jurídicas já decididas no passado. “O precedente nada mais é do que uma decisão judicial, que tem relação de anterioridade a outras, servindo-lhes de premissa”^{13_14}

¹² DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 4.

¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

¹⁴ Em semelhante sentido, Jaldemiro Rodrigues defende que precedente é “uma decisão judicial, considerada em relação de anterioridade a outras, cujo núcleo essencial, extraível por indução, tende a servir como premissa para julgamentos posteriores de casos análogos (ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro...* cit., p. 69).

Nessa perspectiva, o precedente judicial é sinônimo de “decisão precedente”, o que, tecnicamente, corresponde ao aspecto amplo do termo. A propósito, a doutrina costuma usar dois sentidos para definir o precedente, o amplo e o restrito. Segundo lecionam Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria Oliveira “em sentido lato, o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. E, em sentido estrito, “o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*”¹⁵.

Lucas Buril¹⁶ entende que precedente, num sentido amplo, próprio, continente ou formal, abarca todo o ato decisório, sendo fonte judicial do direito; é fato jurídico continente de uma norma jurídica (geral) extraída a partir do trabalho dos juízes subsequentes (aspecto relacional dos precedentes). Já precedente em sentido estrito ou impróprio corresponderia a uma redução inapropriada, já que confundiria *ratio decidendi* ou “norma do precedente” com o próprio precedente. Na perspectiva restrita, o precedente seria apenas a parcela do ato decisório que contém as razões de decidir, a tese jurídica que servirá de parâmetro decisório, não integrando o precedente a solução do caso concreto.

O precedente assegura maior previsibilidade na solução dos litígios e prestigia a isonomia, ao proporcionar a quem se encontra na mesma situação jurídica o mesmo tratamento. Em outros termos, precedentes funcionam como eficientes ferramentas para conferir racionalidade ao sistema e uniformidade na aplicação do Direito, garantindo tratamento isonômico a quem se encontre na mesma situação. A ideia é que pessoas em situações fáticas *suficientemente idênticas* recebam do Estado-juiz o mesmo tratamento¹⁷.

É importante que se diga que os precedentes surgem para viabilizar a aplicação da lei diante de situações concretas que gerem dúvidas no intérprete. Havendo dissenso interpretativo, os precedentes aparecem para viabilizar a aplicação coerente e uniforme da lei. Quando se lança mão de um precedente como critério de justificação, é porque a aplicação da lei, no caso concreto, se mostrou problemática. Por sua vez, inexistindo maiores controvérsias interpretativas, não há necessidade de se socorrer das decisões judiciais pretéritas como

¹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 505.

¹⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 71.

¹⁷ SANTOS, Evaristo Aragão. “Em torno do conceito e da formação do precedente judicial”. *Direito jurisprudencial*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 137.

critério de justificação; aplica-se diretamente a lei ou a Constituição, que funcionará como referencial normativo suficiente¹⁸.

Por fim, algumas distinções terminológicas¹⁹ fazem-se pertinentes para que se obtenha a precisão conceitual do precedente judicial, a exemplo da diferenciação com o termo “jurisprudência”. Embora “precedente” e “jurisprudência”²⁰ costumem, em muitas ocasiões, ser tratados como expressões sinônimas, isso é um equívoco.

De acordo com Michele Taruffo²¹, há diferenças de ordem quantitativa e qualitativa entre os dois termos. Quanto ao aspecto quantitativo, o precedente diz respeito a uma decisão específica de um determinado caso, enquanto a jurisprudência faz alusão a uma pluralidade de decisões no mesmo sentido, relativas a variados litígios. Já no que se refere à diferença qualitativa, segundo o doutrinador, a aplicação do precedente depende, invariavelmente, da identidade ou da analogia entre os fatos do caso precedente com os do caso em julgamento, ou seja, é preciso que o aplicador identifique a norma do precedente e realize um cotejo entre os casos. Por sua vez, a invocação da jurisprudência não obriga essa analogia comparativa, de modo que sua aplicação independe da identificação dos fatos relevantes.

Aliás, é bom que se diga que o precedente isoladamente considerado não é tão valorizado no *civil law*. Valor maior é conferido quando o precedente é reiteradamente reproduzido a ponto de formar uma jurisprudência²². A despeito disso, no Brasil, com o advento do CPC-2015, há casos de simples precedentes que possuem eficácia normativa, mesmo sem ter gerado jurisprudência dominante, como, por exemplo, a decisão de incidente de assunção de competência²³.

2.3. Categorias fundamentais para a compreensão dos precedentes

Serão tratados a seguir alguns institutos de fundamental importância para a adequada compreensão do fenômeno dos precedentes.

¹⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 227.

¹⁹ Para o estudo da diferenciação terminológicas com alguns termos comumente relacionados, cf: MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 83-92.

²⁰ “Em sentido estritamente técnico processual, por jurisprudência, deve ser entendido a reiteração de julgamentos sobre a mesma matéria, no mesmo sentido proferido em sede de tribunais”. (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. A jurisprudência uniformizada como estratégia de aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 351).

²¹TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 199, ano 36, p. 139-155, set. 2011, p. 142.

²²DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ob. cit., p. 555.

²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ob. cit., p. 556.

2.3.1. *Ratio decidendi e obiter dictum*

É corriqueiro, na prática forense, falar-se em “seguir o precedente”, “aplicar o precedente”, porém, na verdade, o que deve ser seguido e aplicado não é propriamente o precedente, mas sim a sua *ratio decidendi*²⁴ ou “norma do precedente”, que corresponde apenas à parcela da decisão judicial que servirá de parâmetro para as decisões subsequentes, a parte do ato decisório que expressa as razões de decidir.

A *ratio decidendi* diz respeito à tese jurídica, à interpretação do Direito adotada pelo órgão jurisdicional para solucionar o caso concreto. A *ratio decidendi* encontra-se apenas nos argumentos jurídicos considerados como premissas necessárias para a solução jurídica dada ao caso, e não na parte dispositiva da decisão. Conforme ensina José Rogério Cruz e Tucci²⁵, o precedente compõe-se de duas partes: a) as circunstâncias fáticas que embasam a controvérsia; b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação da decisão (a *ratio decidendi*).

Segundo leciona Leonardo Carneiro da Cunha²⁶, “a *ratio decidendi* consiste numa regra geral sem a qual o caso seria decidido diversamente”. Isto é, “a *ratio decidendi* identifica-se, não com a decisão do caso concreto, mas com a escolha hermenêutica adotada, ou seja, com o princípio jurídico que, aplicado aos fatos determinou aquela particular decisão”. Ainda de acordo com o autor, é na *ratio decidendi* que está contida a solução hermenêutica do caso concreto, que servirá de orientação abstrata para outros casos.

Tudo aquilo que não compuser a *ratio decidendi* chama-se *obiter dictum* ou, simplesmente, *dictum*. Todas as considerações que tratem de questões diversas daquelas estritamente necessárias para alcançar a solução do caso, a exemplo de argumentos levantados pelo relator, mas não acolhidos pela maioria, constituem *obiter dicta*²⁷. É essencial compreender que o que vincula, no precedente, é a tese de Direito utilizada como razão de decidir, ou seja, a *ratio decidendi*, o que, entretanto, não afasta a relevância dos *dicta*, já que eles podem ter um valor persuasivo significativo. Inclusive, o *obiter dictum* de hoje pode ser a

²⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

²⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 12.

²⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

²⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 01 mai. 2019.

ratio decidendi de um caso futuro²⁸, a depender da relevância dos argumentos jurídicos utilizados.

Questão pertinente de tratar, neste momento, é sobre o desafio na identificação da *ratio decidendi* no julgamento dos tribunais, tendo em vista o procedimento do julgamento colegiado, no qual a conclusão, em grande parte das vezes, não reflete o posicionamento da corte, decorrendo apenas da contagem dos votos da maioria que acompanhou o relator ou o voto divergente vencedor²⁹. É possível, até mesmo, que, em um julgamento unânime, todos os julgadores adotem *rationes decidendi* diversas, a despeito de terem chegado à mesma conclusão. É que, no Brasil, os julgamentos colegiados costumam adotar a técnica que pode ser denominada de “adesão à conclusão”. Geralmente, o que se vê, na prática, é o seguinte: proferido o voto do relator, os demais integrantes do colegiado passam a votar indicando, cada um, suas próprias razões de decidir, mas, ao final, a única preocupação é verificar se as conclusões dos votos coincidem³⁰.

Sobre o assunto, Marcelo Neves discorre que “o acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre seus fundamentos (...)”³¹.

De acordo com Thomas Bustamante, isso “pode causar sérias controvérsias no momento de se interpretar a decisão para fins de determinar o seu valor como precedente, ou seja, sua *ratio decidendi*”.³² É de bom alvitre destacar que esse problema não é exclusivo da justiça brasileira, estando também presente, por exemplo, nas jurisdições dos Estados Unidos e da Inglaterra, ordenamentos nos quais se permite a elaboração de votos dissidentes³³⁻³⁴.

Importante destacar, todavia, que o precedente somente terá força vinculante quando houver coincidência das razões de decidir adotadas pelos julgadores responsáveis pelo

²⁸ CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (considerazioni attuali). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1990, v. 45, n. 1, p. 148-205, mar. 1990, p. 203; *apud* CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

²⁹ OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Ob. cit.*, p. 201.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo CPC e os julgamentos colegiados. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/08/o-novo-cpc-e-os-julgamentos-colegiados/>. Acesso em: 7 set. 2018.

³¹ NEVES, Marcelo. Entre hidra e héracles: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico, 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 199.

³² BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Editora Noeses, 2012, p. 47.

³³ PEIXOTO, Ravi. *ob. cit.*, p.129.

³⁴ Para o estudo da forma de elaboração das decisões em diversos ordenamentos ver: FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada – estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. *Revista de Processo*, v, n. 235, p. 407-434, set. 2014.

acórdão³⁵. Inclusive, é nesse sentido o teor dos enunciados 317³⁶ e 319³⁷ do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

Portanto, identificar a norma do precedente não é uma tarefa fácil: é preciso compreender como a corte decidiu e, para isso, não basta ler a ementa e o voto do relator. É essencial saber como cada um dos julgadores votou para que se possa identificar quais os fundamentos prevalecentes no acórdão. Assim, a determinação da *ratio decidendi* nas decisões dos tribunais pode se revelar altamente complexa e sujeita à discussão³⁸, o que fragiliza bastante o precedente em termos argumentativos³⁹⁻⁴⁰.

2.3.2. Técnicas para aplicação e afastamento de precedentes

É equivocado pensar que o *stare decisis* engessa e petrifica o Direito. Os sistemas que adotam a teoria dos precedentes obrigatórios são muito mais flexíveis do que se imagina. Existem técnicas de aplicação e de afastamento de precedentes, que, a um só tempo, propiciam a estabilidade e a uniformidade do Direito, bem como o seu natural desenvolvimento⁴¹. As duas principais são a distinção (*distinguishing*) e a superação (*overruling*), das quais derivam diversas outras⁴².

³⁵ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “só há precedente quando o fundamento (não apenas o resultado) for compartilhado pela maioria dos membros do colegiado” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 158). Na mesma linha é a opinião de Patrícia Perrone Campos Mello, para quem quando não houver concordância sobre a tese de direito que fundamenta a conclusão, o caso concreto é resolvido sem que um precedente seja produzido (MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015, p. 41- 54).

³⁶ Enunciado n. 317, do FPPC: O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.

³⁷ Enunciado n. 319, do FPPC: Os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito de precedente vinculante.

³⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015, p. 41- 54

³⁹ Propondo uma mudança na forma de deliberação nos julgamentos colegiados brasileiros, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

⁴⁰ Luís Roberto Barroso defende que, ao final de todo julgamento, seja fixada inequivocamente a tese jurídica em que se apoia a decisão, já que o que efetivamente vincula os demais juízes e tribunais é a *ratio decidendi*, cf: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 23.

⁴¹ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 88.

⁴² Embora não se ignore a existência de outras técnicas, tais como, *sinaling*, *antecipatory overruling*, *overriding*, o presente estudo se restringirá a analisar as duas principais, já que o objetivo aqui é apenas entender as categorias fundamentais para uma adequada operabilidade do sistema de precedentes.

2.3.2.1. Distinção

A “distinção” constitui a principal técnica de operação com os precedentes. No manejo com os precedentes, o jurista deve empreender um raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais são as diferenças e similitudes juridicamente relevantes entre eles⁴³. As distinções fazem parte de um processo argumentativo em que se busca demonstrar a possibilidade ou a impossibilidade de ser aplicado um precedente a um novo caso. O que justifica a aplicação de um precedente é a circunstância de a causa sob julgamento ser efetivamente semelhante àquela que ensejou a formação do precedente⁴⁴. Quando a confrontação entre os casos demonstrar, por sua vez, que o caso posterior possui peculiaridades fáticas que justificam um tratamento jurídico distinto, não será viável a extensão da norma do precedente, ocasião na qual o julgador terá obrigação de demonstrar os motivos da distinção.

Importante destacar que a extensão da norma do precedente não exige absoluta identidade entre os fatos, pois, obviamente, é impossível que duas causas sejam absolutamente idênticas; diferenças fáticas sempre existirão. O exame das diferenças e similitudes deve recair especificamente sobre os *fatos materiais relevantes ou substanciais*, possuindo o intérprete a incumbência de analisar se as diferenças existentes são tão significativas a ponto de requerer tratamento jurídico diferenciado.

Lucas Buril⁴⁵ alerta que o termo “distinção” pode ser utilizado em dois sentidos, o amplo e o estrito. Em sentido amplo, a distinção corresponde ao processo argumentativo em que se levantam as diferenças e similitudes entre os casos com a finalidade de demonstrar a viabilidade ou a inviabilidade de aplicação do precedente. Já o sentido estrito refere-se ao resultado desse processo argumentativo, quando, após a diferenciação entre os fatos substanciais, chega-se à conclusão de que o caso presente, ao contrário do que parecia ser em um primeiro exame, leva a uma discussão jurídica distinta, impondo-se, com isso, um tratamento diferenciado⁴⁶. Contudo, importante que se tenha o devido cuidado no uso da técnica da distinção, evitando as chamadas “distinções inconsistentes”, frequentemente

⁴³ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., 263.

⁴⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro...* cit., p. 25.

⁴⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 266.

⁴⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro...* cit., p. 26.

utilizadas por julgadores que buscam escapar da autoridade dos precedentes, cujas soluções considerem injustas ou inadequadas.

A distinção, seja como método argumentativo, seja como resultado desse método, pode ser empreendida por qualquer órgão jurisdicional, pois as distinções constituem a principal forma de operar com precedentes. O fato de o precedente ser afastado pela técnica da distinção em um dado caso concreto não implica na sua eliminação do sistema de fontes, nem retira sua autoridade para outros casos em que haja realmente similitude fática.

2.3.2.2. Superação

Além da distinção (em sentido estrito), é possível deixar de aplicar o precedente mediante a técnica da superação (*overruling*), desde que promovida pelo próprio órgão criador do precedente ou por outro que esteja em posição hierárquica superior na estrutura judiciária. A superação consiste na revogação de um precedente, na sua exclusão do ordenamento jurídico, sempre que ocorram alterações relevantes no contexto social, econômico, político ou mesmo jurídico que reclamem uma nova regulação normativa, sob pena de cometimento de injustiças⁴⁷. Todas as vezes que as respostas do passado não se mostrarem mais adequadas e satisfatórias (seja porque não já não o eram desde o princípio, seja porque se tornaram posteriormente) abre-se espaço para o *overruling*.

É preciso ter em mente que a teoria dos precedentes obrigatórios atribui uma força *prima facie* ao Direito, exigindo um elevado esforço argumentativo daqueles que pretendam desviar-se da linha decisória. O rompimento da estabilidade de um precedente apenas se justifica quando haja relevantes razões para isso⁴⁸. Isso porque os cidadãos, ao planejarem suas vidas e seus comportamentos, e também os advogados, ao exercerem o mister de orientação jurídica dos seus clientes, são guiados pela interpretação do Direito definida pelos tribunais⁴⁹. Em função disso, o “princípio da inércia argumentativa”, atua em prol da manutenção do *status quo*, impondo uma significativa carga argumentativa para aqueles que pretendam afastar o precedente⁵⁰.

Jaldemiro Rodrigues discorrendo acerca do conteúdo da “inércia argumentativa”, assevera que a desconsideração do precedente pelo julgador exige bem mais do que a mera

⁴⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 281.

⁴⁸ JUST, Gustavo. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 61.

⁴⁹ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, ano 38, n. 221, p. 13-43, jul. 2013, p. 17.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ob. cit., p. 517.

fundamentação ordinária. Para o autor, a decisão que afasta um precedente deve ser “seriamente motivada”, respeitando o forte ônus da argumentação qualificada imposto pelo sistema de precedentes obrigatórios, mediante a demonstração *i)* de que o precedente se formou de forma equivocada ou que não goza mais de congruência social e/ou consistência sistêmica (*overruling*); *ii)* de que existem fatos relevantes no caso sob julgamento que o distancia do precedente. Em suma, a “inércia argumentativa intervém em favor do estado de coisas existente, que só deve ser alterado, se houver razões a favor da mudança, se houver prova da oportunidade de mudar de conduta diante de uma situação que se repete”⁵¹.

Não se está a dizer que os tribunais virem escravos dos seus próprios entendimentos, não é isso! O que se reprime é a modificação do padrão decisório desprovida de critérios⁵². O grande problema verificado no contexto jurisprudencial brasileiro é a falta de racionalidade da mudança, ou seja, supera-se o entendimento firmado sem que existam motivos suficientes, sem que tenha sido cumprido o elevado ônus argumentativo imposto pelo *stare decisis*.

Substituir uma orientação consolidada por outra, repentinamente, sem que estejam presentes os argumentos jurídicos necessários para tanto, resulta num custo social e econômico elevado, já que a prosperidade nos negócios e a programação da vida social depende da harmonia na interpretação judicial. O desvio da linha decisória, a quebra da norma jurídica criada pelo precedente, possui custos altíssimos, sendo, portanto, imprescindível que o Tribunal demonstre que a nova norma criada melhor atende ao contexto social, econômico ou político e que as razões para a sua construção são mais fortes do que as razões para a manutenção do regramento anterior⁵³.

Uma vez comprometida a segurança proporcionada pela estabilidade, mediante a ruptura brusca da linha decisória, ela apenas será novamente restabelecida após um novo e considerável lapso temporal de estabilidade. Por isso, o aplicador deve ter em mente que a superação é sempre a última alternativa. A tutela do cidadão, que confiou no Judiciário e

⁵¹ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, a. 39, vol. 229, p. 377-400, mar. 2014, p. 390.

⁵² “qualquer sistema jurídico que se desenvolva até um patamar mínimo de racionalidade necessita de certo grau de aderência ao precedente judicial, sob pena de se frustrarem as próprias pressuposições formais implícitas na ideia de Estado de Direito” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. A justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noesis, 2012, p. 58).

⁵³ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 281.

pautou suas condutas de acordo com os entendimentos firmados, não pode ser desprezada a pretexto do poder discricionário da magistratura.⁵⁴

Embora a jurisprudência comporte evolução para acompanhar a dinamicidade da vida, os avanços sociais e as elevações dos patamares civilizatórios, a atualização do Direito, operada pela atividade hermenêutica dos juízes e tribunais, deve evitar rupturas repentinas e injustificadas.⁵⁵ A volatilidade da jurisprudência não pode ser tamanha, a ponto de deixar os cidadãos inseguros, retirando-lhes o direito de gozar de uma certa tranquilidade nas suas relações jurídicas. A preservação, na medida do possível, do entendimento jurisprudencial é, antes de tudo, obra de boa política judiciária, vez que promove o sentimento de confiança por parte dos jurisdicionados e fortalece a posição de pacificador social do Judiciário, resguardando sua autoridade.

Por outro lado, não há como ignorar que a necessidade de adaptação é um dado inevitável. A busca pela correção, evolução e aprimoramento das decisões deve permitir a alteração da jurisprudência, mesmo diante de jurisprudência consolidada há anos⁵⁶. Da mesma forma que se preza por um sistema estável, também é primordial que se busque a correção de interpretações equivocadas ou ultrapassadas. E o sistema de precedentes obrigatórios é sensível a essa necessidade de adaptação/evolução do Direito. O *stare decisis* preocupa-se tanto em fornecer segurança na permanência do Direito como também em garantir a racionalidade na mudança, estabelecendo um procedimento argumentativo com requisitos definidos⁵⁷.

Se o Direito serve à sociedade, quando esta se modifica, também é preciso que, em alguma medida, aquele evolua para adaptar-se, refletindo o contexto social correlato. Contudo, se a sociedade é um organismo vivo que evolui lentamente, nada justifica que viradas jurisprudenciais ocorram da noite para o dia; se as alterações sociais não se dão repentinamente, não há motivos para mudanças de entendimento bruscas. A superação do padrão decisório apenas pode ocorrer quando for para constatar e declarar o que já se tenha operado anteriormente no nível social⁵⁸. Inclusive, se a mudança jurisprudencial for um dado

⁵⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedentes judiciais e a atuação do advogado. DIDIER JR., Fredie; TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). *Repercussões do novo CPC*, v. 2: advocacia. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁵⁵ Voto da Ministra Rosa Weber no HC 152.752/PR. Relator Min. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/leia-voto-ministra-rosa-weber-julgamento-hc-lula>. Acesso em 15 de abril de 2018.

⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, ano 38, n. 221, p. 13-43, jul. 2013, p. 18.

⁵⁷ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 285.

⁵⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito... cit., p. 15.

necessário, deve-se garantir a proteção da confiança legitimamente depositada por aqueles indivíduos que pautaram seus comportamentos no entendimento superado⁵⁹.

2.4. Precedentes: uma realidade de qualquer ordenamento jurídico

É comum a afirmação de que os precedentes seriam próprios dos sistemas de *common law*, porém esse raciocínio é equivocado. Precedente é instituto pertencente à Teoria Geral do Direito⁶⁰, sendo de fundamental importância para o funcionamento de todos ordenamentos modernos, inclusive no *civil law*⁶¹. Exercida a atividade jurisdicional em qualquer lugar do mundo, o fato jurídico “precedente” ocorrerá, pois é produto do exercício da jurisdição⁶². Os órgãos judiciais, ao proferirem decisões com potencialidade de se tornar modelo ou paradigma de solução para casos futuros, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica, estão, invariavelmente, produzindo precedente⁶³. De acordo com José Rogério Cruz e Tucci, “o precedente judicial é, pois, um fenômeno extremamente difuso, presente e relevante nos modelos jurídicos de época contemporânea”⁶⁴. Daí por que não se sustenta o pensamento de que só há precedentes no âmbito dos sistemas integrantes da tradição do *common law*.

O diferencial entre as famílias jurídicas ocidentais quanto ao tratamento jurídico do precedente reside, basicamente, no grau de importância que é conferido por cada uma; o poder de vinculação dos precedentes no processo decisório parte de uma opção de cada ordenamento⁶⁵. A partir da eficácia que é dada à norma gerada pelos precedentes, fala-se em persuasão ou vinculação. Costuma-se atrelar a carga meramente persuasiva aos sistemas jurídicos ligados à tradição *civil law*, dada a ausência de dever jurídico de seguir os

⁵⁹ Sobre a eficácia temporal da superação dos precedentes e a necessidade de proteção à confiança legítima, cf: PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na superação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife, 2015.

⁶⁰ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit.. p. 69.

⁶¹ Demonstrando que a adoção de um sistema de precedentes trata-se de um fenômeno mundial, inclusive em ordenamentos de tradição romano-germânica, cf: TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*, *Revista de Processo*, v. 28, n. 110, p. 141-148, abr./jun. 2003.

⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ob. cit., p. 517.

⁶³ “É inegável a importância que o emprego do precedente e da jurisprudência reveste na vida do Direito de todos os ordenamentos modernos”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012).

⁶⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

⁶⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Precedentes vinculantes vieram para ficar com o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-24/guilherme-amaral-precedentes-vinculantes-vieram-ficar-cpc>. Acesso em: 02 de fev. 2018.

precedentes, enquanto a eficácia vinculante é, geralmente, relacionada à doutrina do *stare decisis*, adotada pelo *common law*.

Nos sistemas influenciados pelo Direito anglo-saxão, é atribuída uma reverência especial aos precedentes, os quais geram o dever de observância, pelos julgadores subsequentes, da norma neles contida. A obrigação jurídica de seguir o precedente decorre da obrigação maior de julgar conforme o Direito⁶⁶. Isso porque, no *common law*, adota-se a doutrina do *stare decisis*⁶⁷, segundo a qual os julgadores sucessivos possuem a obrigação jurídica de não discordar de certos precedentes⁶⁸.

Por sua vez, nos sistemas de *civil law*, a existência de um precedente, de modo geral, não impõe dever de vinculação, já que os precedentes judiciais são, em sua maioria, persuasivos, de modo que o julgador está livre para dissentir, afastando-se da linha decisória, sem que isso possa ser considerado um equívoco. Isto é, o magistrado não fica obrigado a seguir o precedente e, “se o segue, é por estar convencido da sua correção”.⁶⁹

Enfim, pode-se afirmar que o argumento por precedentes, sejam eles persuasivos ou vinculantes, está presente em todas as culturas jurídicas como uma manifestação da racionalidade humana, constituindo uma das mais importantes fontes de normas para solucionar casos concretos⁷⁰.

2.5. O grau de eficácia dos precedentes: persuasão e vinculação.

Retomando o raciocínio desenvolvido no tópico anterior, embora todos os sistemas, independentemente de tradição jurídica, operem com precedentes, questão diversa é o valor atribuído a eles em cada ordenamento⁷¹. A diferença de tratamento jurídico conferida aos precedentes por cada sistema permite dividi-los em duas categorias: os persuasivos e os vinculantes.⁷²⁻⁷³ Conforme elucida Cruz e Tucci, existem “degraus” ou “parâmetros” de

⁶⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 75.

⁶⁷ É bom que se diga que o “*stare decisis* não se confunde com o *common law*, tendo surgido no curso do seu desenvolvimento para, sobretudo, dar segurança as relações jurídicas”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 97). Segundo Lucas Buril, “é difícil determinar exatamente quando surgiu o conceito de *stare decisis* e quando se tornou algo estabelecido no *common law*”. (MACÊDO, Lucas Buril de. Ob. cit., 51).

⁶⁸ MATTEI, Ugo. *Il modello di common law*. 2ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 133-134.

⁶⁹ SOUZA, Marcelo Alves dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 32.

⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. ob. cit., p. 54.

⁷¹ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 78.

⁷² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 89.

⁷³ Há quem aponte uma categoria intermediária entre os precedentes vinculantes e os persuasivos. Nesse sentido: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão*

eficácia dos precedentes em relação aos casos subsequentes⁷⁴. A classificação dos precedentes quanto à sua autoridade está relacionada à estrutura hierárquica do Judiciário, de acordo com a definição das competências recursais, ou seja, a verificação do grau de autoridade do precedente depende da relação entre o julgador do caso atual e o do precedente⁷⁵.

A eficácia persuasiva é a eficácia mínima de todo precedente⁷⁶ e atua sobre o julgador de acordo com o seu peso argumentativo: se o julgador não concorda com a norma jurídica revelada pelo precedente, se acha que as razões adotadas não são “boas”, basta afastá-lo, invocando as razões que justificam o afastamento e a solução que lhe pareça mais adequada, já que o precedente persuasivo é desprovido de caráter normativo. A influência que o precedente persuasivo terá sobre o julgador depende da correção intrínseca da decisão⁷⁷. O grau de convencimento de um precedente persuasivo depende de vários fatores, tais como: o prestígio de quem proferiu a decisão, a posição ocupada pelo órgão jurisdicional prolator da decisão na escala hierárquica do Judiciário, se houve unanimidade no acórdão, dentre outras⁷⁸.

Fala-se em precedentes persuasivos todas as vezes em que são utilizadas decisões pretéritas como instrumento argumentativo de legitimação, apenas para demonstrar que a decisão atual está de acordo com o que já foi decidido no passado. Argumentar e decidir da mesma forma que já se decidiu anteriormente é uma boa forma de persuadir o interlocutor a se convencer do acerto da decisão. O precedente, ainda que persuasivo, sempre será “um indício de uma solução racional e socialmente adequada”⁷⁹.

Em sentido diverso, Hermes Zaneti Júnior⁸⁰ entende que “não há sentido falar em precedentes ‘persuasivos’, já que somente a jurisprudência poderia atuar de forma persuasiva,

dos precedentes no Direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016. CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-112. ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 99-103. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.318-1.322.

⁷⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

⁷⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 79.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ob. cit., p. 521.

⁷⁷ SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el common law*. Madrid: Civitas, S.A., 1995, p. 34-35.

⁷⁸ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 103.

⁷⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 152.

⁸⁰ Além disso, o referido autor apresenta uma proposta de classificação dos precedentes em três categorias: precedentes normativos vinculantes, precedentes normativos formalmente vinculantes e precedentes normativos formalmente vinculantes fortes. Entretanto, tal classificação não possui utilidade prática para os fins aos quais se destina o presente trabalho. Cf: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* cit. passim.

enquanto o precedente, por sua vez, seria sempre vinculante⁸¹. Na mesma linha, é o entendimento de Juraci Mourão, para quem todo precedente é vinculante por “uma posição de ordem substancial, determinada pela racionalidade que subjaz ao Estado de Direito, que demanda coerência e integridade de seus agentes e aplicadores do Direito”⁸².

Tal entendimento, entretanto, não parece acertado, considerando ser perfeitamente possível falar em precedentes persuasivos⁸³. Se apenas existisse “persuasão” na jurisprudência, como se denominaria, por exemplo, uma decisão paradigma formada em julgamento de Incidente de Assunção de Competência (IAC) em um dado Tribunal de Justiça invocado perante juízo de outro Estado da federação? Importante perceber que, nessa hipótese, estaríamos diante de um precedente que, muito provavelmente, não formará jurisprudência e que, a despeito disso, terá, em relação aos demais tribunais, eficácia vinculante.

Além disso, o fato de o precedente ser persuasivo não significa que ele possa ser simplesmente ignorado. Qualquer precedente invocado pela parte, seja ele persuasivo ou vinculante, atribui ao órgão jurisdicional o dever de considerá-lo. O precedente persuasivo sempre gera algum constrangimento sobre quem vai decidir⁸⁴. Embora o julgador não esteja obrigado a aplicar o precedente persuasivo, é necessário que haja fundamentação adequada para o seu afastamento⁸⁵.

Como bem alerta Luiz Guilherme Marinoni, o problema é que, “no Brasil, os precedentes não vêm sendo tidos sequer como persuasivos”⁸⁶. Dessa forma, não é porque, na prática, não se opera adequadamente com os precedentes persuasivos que se pode negar a sua existência. É bom que se diga que nem mesmo no *common law* todos os precedentes são vinculantes. A aplicabilidade de um precedente depende da análise da força (*authority*) que relaciona os dois casos, que pode ser obrigatória (*binding* ou *constraining*) ou meramente persuasiva (*persuasive* ou *advisory*)⁸⁷⁻⁸⁸.

⁸¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...* cit. p. 332.

⁸² LOPES FILHO, Juraci Mourão. Premissas fundamentais para entender os precedentes judiciais no código de processo civil. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/abdpro-51-premissas-fundamentais-para-entender-os-precedentes-judiciais-no-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 02 de fev. de 2019.

⁸³ Sobre a divisão dos precedentes em vinculantes e persuasivos, ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. ob. cit., p. 301.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 94.

⁸⁵ Entretanto, é bom que se diga que o afastamento do precedente persuasivo é muito mais simples do que o afastamento do precedente vinculante, o qual, apenas pode deixar de ser aplicado se forem utilizadas as técnicas pertinentes para isso (distinção ou superação).

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 94.

⁸⁷ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84.

Aliás, o CPC-2015 fortalece, de maneira geral, o emprego de qualquer precedente⁸⁹. O art. 926 do CPC, ao impor aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, não deixa dúvidas de que, independentemente da eficácia dos precedentes que compõem a jurisprudência, os julgadores precisam zelar pela estabilidade, coerência e integridade do sistema.

Ademais, o art. 489, §1º, VI, anuncia que não se considera fundamentada a decisão que deixar de seguir súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. É nítida a intenção do legislador de valorizar a argumentação por precedentes (sejam eles persuasivos ou vinculantes) e de exigir uma postura mais comprometida por parte daquele julgador que pretenda desviar-se deles. Todavia, importante fazer aqui uma crítica à parte final do dispositivo, que peca ao utilizar os termos “distinção” e “superação” como se fossem técnicas aplicáveis diante de quaisquer espécies de precedentes; na verdade, tais técnicas possuem aplicabilidade restrita aos precedentes vinculantes. Se a parte tiver argumentado mediante precedente persuasivo e o julgador não concordar com o acerto da decisão paradigma, não é necessário realizar a distinção ou superação, bastando que justifique adequada e suficientemente os motivos pelos quais não irá adotar a solução do precedente.

A despeito dessa evidente atecnia legislativa, não há como ignorar o objetivo do legislador de reconhecer a importância de qualquer precedente, mesmo porque se a intenção fosse se referir apenas aos precedentes vinculantes, não haveria menção à “jurisprudência”. Enfim, a decisão que afasta precedente persuasivo, ainda que não precise realizar a “distinção” ou a “superação”, também necessita satisfazer, em alguma medida, o ônus argumentativo imposto pela teoria dos precedentes, apresentando convincentes razões para deixar de segui-lo.

Por outro lado, como o próprio nome sugere, diz-se que o precedente é vinculante quando tiver de ser obrigatoriamente aplicado em casos análogos supervenientes⁹⁰.

⁸⁸ A propósito, o tratamento dado aos precedentes não é idêntico nem entre os países da tradição *common law*. A título de exemplo, basta comparar a rigidez do princípio do *stare decisis* no Reino Unido, com a maior flexibilidade que é conferida no Direito estadunidense, cf: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Precedentes vinculantes vieram para ficar com o novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-24/guilherme-amaral-precedentes-vinculantes-vieram-ficar-cpc>. Acesso em 12 jan. de 2018.

⁸⁹ CRAMER, Ronaldo. ob. cit., p. 190.

⁹⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. ob. cit., p. 519.

Precedentes obrigatórios possuem uma vinculatividade que independe da opinião do julgador a respeito da justiça ou acerto da solução jurídica adotada⁹¹.

A vinculação ao precedente pode ocorrer na forma horizontal – quando o órgão jurisdicional está obrigado a respeitar os próprios precedentes (o que se relaciona ao dever de autorreferência) – e vertical – quando os precedentes vinculam as instâncias hierarquicamente inferiores. É fundamental destacar que a autorreferência é um elemento fundamental para o adequado funcionamento do sistema de precedente. Ela nada mais é do que o dever de o órgão julgador levar em consideração algo que já foi dito por ele próprio em momento anterior⁹². Na opinião de Luiz Guilherme Marinoni, o desrespeito do julgador às suas próprias decisões anteriores está muito longe do exercício de qualquer liberdade, aproximando-se muito mais de verdadeiro “ato de insanidade”⁹³.

2.6. A igualdade na entrega da prestação jurisdicional

Sobre o princípio da igualdade no processo civil, Marinoni adverte quanto à necessidade de se conferir a ele uma abrangência maior do que aquela tradicionalmente empregada pela doutrina. Segundo o autor, costuma-se tratar de igualdade no processo apenas em relação à paridade de armas (noção relacionada ao contraditório) e ao acesso à justiça (garantia de procedimentos e técnicas processuais adequadas), existindo uma grave lacuna no estudo da igualdade frente às decisões judiciais⁹⁴. É justamente esse último aspecto – igualdade diante dos provimentos jurisdicionais – o foco da teoria dos precedentes obrigatórios. O *stare decisis* ocupa-se da igualdade no momento da entrega da prestação jurisdicional, ao cabo da marcha processual, e não apenas no início e no desenvolvimento do processo⁹⁵. Ainda que “cada caso seja um caso”, incumbe ao Judiciário a aplicação uniforme do ordenamento, garantindo que seja dado aos casos futuros o mesmo tratamento conferido aos passados, quando entre eles existirem as mesmas peculiaridades fáticas.

Nesse sentido, a teoria dos precedentes obrigatórios lida com o Direito na sua fase de concretização, densificação ou determinação, tornando o resultado da interpretação racional,

⁹¹ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro...* cit., p. 100.

⁹² MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Levando os precedentes a sério. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/08/14/levando-os-precedentes-serio/>. Acesso em: 04 fev. 2019.

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 121.

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 112.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 113. .

coerente e universalizável, com fundamento no adágio *treat like cases alike*, considerado na tradição do *common law* como uma representação do “princípio da igualdade pelo jurídico”⁹⁶. Onde haja as mesmas razões, devem-se adotar as mesmas soluções, possuindo o precedente uma espécie de “força gravitacional” sobre os casos análogos⁹⁷. O principal motivo para seguir precedentes decorre do princípio da universalidade, que significa a qualidade formal imposta pela justiça de tratar os casos iguais de modo semelhante⁹⁸.

Todavia, importante destacar que operar com precedentes não necessariamente garante igualdade material ou substancial, já que o *stare decisis* relaciona-se com o aspecto formal desse princípio (igualdade na aplicação do Direito). Ou seja, a qualidade moral das normas produzidas não é o alvo de preocupação da doutrina dos precedentes, a qual garante apenas a uniformidade das decisões, ainda que não sejam as melhores e mais justas⁹⁹.

Por isso, mesmo que o julgador considere a norma do precedente injusta ou inadequada ao contexto social, econômico ou jurídico, não há outra saída: se há precedente vinculante, ele deve ser aplicado¹⁰⁰. Bom ou ruim, errado ou certo, justo ou injusto, existindo precedente, ele precisa ser tomado em conta, independentemente da qualidade moral da norma dele extraída, a não ser que seja possível distingui-lo ou superá-lo¹⁰¹. É justamente isso que diferencia o dever de seguir precedentes de uma mera prática¹⁰².

O custo para se alcançar um ordenamento coerente e que preze pela isonomia na prestação jurisdicional é a possibilidade, admitida e tolerada pelo sistema, que, em alguns casos, o julgador tenha de decidir de acordo com o entendimento já firmado, e não com sua concepção individual de justiça. Tal “custo”, por sua vez, é justificado pela segurança jurídica proporcionada, que é o verdadeiro alicerce do sistema de precedentes.

2.7. O problema da excessiva dispersão jurisprudencial

⁹⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p.118.

⁹⁷ A expressão “força gravitacional” foi disseminada por Ronald Dworkin, cf: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Presse, 1978; *apud* MACÊDO, Lucas Buri de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

⁹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 62.

⁹⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 119.

¹⁰⁰ Quando isso ocorre, é importante que o julgador adote a técnica de “ressalva de entendimento”. Isso contribuirá para amadurecimento do debate, permitindo que o tribunal competente leve em consideração os argumentos da ressalva para efetuar uma possível superação do entendimento, se for o caso.

¹⁰¹ Importante lembrar que a superação dos precedentes só é admitida pelo próprio órgão criador do precedente ou por órgão situado em posição superior na escala hierárquica.

¹⁰² MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 120.

É difícil identificar, ao certo, o que estaria por trás do alto grau de instabilidade jurisprudencial frequentemente constatado nos países da tradição *civil law*¹⁰³. Várias são as causas que podem justificar uma infinidade de posicionamentos distintos na interpretação de um mesmo texto normativo. Dentre as mais citadas, estão o uso corriqueiro pelo legislador de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a existência de uma gama de métodos de interpretação que podem conduzir a resultados diferentes. Outro grande fator que influencia tamanha disparidade decisória é a diversidade de opiniões a respeito do que seja decisão “justa”, sobretudo num país plural como o Brasil¹⁰⁴. É como se a cada julgador fosse dada a faculdade de seguir o seu senso crítico de justiça, a sua própria consciência, sem quaisquer amarras com decisões anteriores.

Segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁰⁵, “existe talvez no espírito de muitos juízes brasileiros o convencimento de que seriam ‘menos’ juízes se não decidissem de acordo com sua própria convicção [...]”. A ideia da vinculação aos precedentes causa, de fato, um certo temor a parcela dos juízes, os quais, nas palavras de Calmon de Passos¹⁰⁶, “não querem ser servos de ninguém”.

É justamente essa visão deturpada que faz com que muitos levantem a bandeira da “independência funcional” para se insurgir contra a teoria dos precedentes obrigatórios, ao argumento de que ela colocaria os juízes em uma posição de impotência e subserviência¹⁰⁷, transformando-os em meros repetidores de teses prontas e imodificáveis.

Isso nada mais é do que uma compreensão extremamente reducionista e simplista, porquanto, assim como ocorre com qualquer lei, para aplicar precedente – que também é texto – também é preciso interpretar. A aplicação ou o afastamento de um precedente, ao contrário do que possa parecer, nada tem de mecânico, já que nenhum provimento, ainda que vinculante, dispensa a atividade interpretativa para sua aplicação. Padrões decisórios são princípios argumentativos que carecem de justificação adequada para uma correta

¹⁰³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito...cit., p. 38.

¹⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito... cit., p. 36.

¹⁰⁵ Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.

¹⁰⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Súmula vinculante. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Núm.10, Janeiro 2002, p. 9.

¹⁰⁷ Isso faz lembrar os debates havidos quando do surgimento das súmulas vinculantes no ordenamento brasileiro. Na ocasião, Ovídio Batista defendia que a súmula vinculante expressa ideologia centralizadora e autoritária, cf: SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 62.

aplicação¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. “Todos os textos, sejam eles textos legais, sejam precedentes judiciais, exigem interpretação. A tarefa de interpretar é típica dos juízes e juristas”¹¹⁰.

Da mesma forma que não há constrição absoluta do julgador à lei, também não há em relação aos precedentes¹¹¹. Ainda que os tribunais concentrem o maior poder no papel de definição do Direito, isso não quer dizer que os magistrados atuem de forma engessada¹¹². Não há fechamento argumentativo na construção do Direito nos ordenamentos que adotam o *stare decisis*, ou seja, a fixação de um precedente não põe fim ao processo de interpretação; “o precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa”¹¹³.

O fato de haver um precedente construído e aplicável não torna o trabalho do julgador, no caso subsequente, pronto e acabado, não obstante o facilite. É que, mesmo nas hipóteses de extensão da norma do precedente, não há que se falar em mera reprodução da decisão precedente; será sempre necessário justificar a aplicação do precedente, identificando sua *ratio decidendi* e demonstrando que o caso sob julgamento a ele se amolda. Essa, inclusive, é a exigência disposta no art. 489, §1º, V do CPC/2015, dispositivo este que não considera fundamentada a decisão que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso concreto se ajusta àqueles fundamentos.

Em outros termos, embora a extensão da norma do precedente ao caso concreto facilite o trabalho do julgador, que não estará obrigado a enfrentar os fundamentos jurídicos já enfrentados na formação da decisão paradigma¹¹⁴, não há que se falar em mecanicidade, porquanto a identificação da *ratio decidendi* e o cotejo analítico entre os casos no intuito de demonstrar a correlação fática e jurídica constitui atividade nitidamente interpretativa e argumentativa.

Além disso, os julgadores subsequentes da cadeia decisória poderão, ainda, realizar os ajustes que se façam necessários, introduzindo, se for o caso, sua contribuição argumentativa

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018, p. 131

¹⁰⁹ Bustamante afirma que precedentes são “textos dotados de autoridade que carecem de interpretação” (BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. Ob. cit., p. 259.).

¹¹⁰ ZANETI JR., Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes...cit.*, p. 411.

¹¹¹ MACÊDO, Lucas Buriel de. ob. cit., p. 178.

¹¹² No sentido de que os precedentes, da forma como estão previstos no CPC, esvaziam os juízes de primeira instância e fortalecem os Tribunais Superiores, cf: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Comentários ao Código de Processo Civil*. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1.215.

¹¹³ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: RT, 2014 p. 52.

¹¹⁴ Sobre o assunto, o enunciado 524 do FPPC assim dispõe: “o art. 489, §1o, IV, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado”.

para ampliar ou restringir a eficácia do precedente¹¹⁵. É que a norma não é enunciada de forma completa e acabada no precedente originário, sendo natural que a sua aplicação nos casos posteriores a torne paulatinamente mais determinada. É nos precedentes subsequentes que, à luz de novas situações e circunstâncias, poderá ser delimitada a abrangência da norma criada no precedente. Isto é, a norma do precedente não está contida apenas na decisão que o originou, mas sim na linha de precedentes que se sedimentou ao longo do tempo a partir daquele precedente inicial¹¹⁶.

Logo, trabalhar com precedentes exige muito mais do aplicador do que o mero silogismo¹¹⁷. A mecanicidade está longe de ser uma realidade da teoria dos precedentes, já que não é simples a tarefa de analisar e articular os elementos constantes das decisões anteriores com a finalidade de identificar adequadamente a *ratio decidendi* (a norma do precedente) para, numa segunda etapa, estender as mesmas razões de decidir, aplicando o precedente, ou, se for o caso, afastá-lo, desde que, nesta última hipótese, seja adequadamente satisfeito o ônus argumentativo imposto pelo sistema.

A concepção de que o juiz apenas está submetido à lei e à sua consciência não é nada mais do que um resíduo do positivismo legalista já superado. Ao decidir, o julgador deve obediência ao ordenamento em sua integralidade, o qual, na sua compreensão atual, inclui os precedentes; o ato de julgar não está adstrito apenas à lei, mas a todo o Direito¹¹⁸.

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, o termo “legalidade” disposto no art. 8º do CPC há de ser entendido como “juridicidade”, ou seja, cabe ao juiz o dever de observância a todo ordenamento jurídico, a todas as normas que o compõem¹¹⁹. Na mesma linha, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹²⁰ entendem que a referência à legalidade, no art. 8º do CPC, é metonímica: “observar a dimensão material do princípio da

¹¹⁵ Isso corresponde às distinções ampliativas e restritivas. Sobre o assunto, cf: MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 270.

¹¹⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 271.

¹¹⁷ Criticando o pensamento que a teoria dos precedentes obrigatórios engessa e mecaniza a atividade dos órgãos jurisdicionais inferiores, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que isso nada mais é do que “uma lamentável falta de compreensão de como o direito se desenvolve no sistema precedentalista” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 83.)

¹¹⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 179.

¹¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Opinião 50 – o art. 1º do novo CPC*. Disponível em: <https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-50-o-art-1o-do-novo-cpc/>. Acesso em 11 de nov. de 2017.

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Ob. cit.*, p. 467.

legalidade é decidir em conformidade com o Direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes”¹²¹.

Não se está aqui desmerecendo a independência funcional da magistratura. Contudo, tal independência não é um fim em si mesmo, mas sim um valor instrumental para preservar outro maior: a imparcialidade do julgador¹²²⁻¹²³. A independência funcional não dá carta branca ao juiz para julgar conforme seu entendimento particular como se dono do Direito fosse; ela deve ser encarada, única e exclusivamente, como um instrumento de blindagem da decisão em face de elementos (não jurídicos) indesejados. Não se pode perder de vista que o juiz é apenas uma peça no complexo sistema de distribuição de justiça, o qual não serve a ele próprio, mas sim ao povo¹²⁴. O juiz é órgão do Judiciário e, como tal, fala por este em primeiro lugar, e não por si mesmo, razão pela qual a decisão judicial é produto do sistema jurídico, e não do exercício de autoridade e solipsismo do julgador¹²⁵.

Nesse sentido, a independência funcional não pode ser utilizada pelos magistrados para justificar alterações injustificadas dos seus próprios entendimentos, tampouco legitimar o desrespeito aos precedentes firmados pelos tribunais hierarquicamente superiores. A discordância, por si só, não é parâmetro de fundamentação adequada. A liberdade decisória a qualquer custo compromete a coerência e unidade do ordenamento, promovendo uma verdadeira anarquia decisória. Enfim, o *stare decisis* não fere a independência do juiz, da mesma forma que o dever de decidir em conformidade com a Constituição e leis também não fere¹²⁶.

Ademais, deve-se ter em mente que a normatividade da principiologia constitucional defendida pela doutrina pós-positivista e a utilização, em larga escala, de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados confere ainda mais espaço para a movimentação interpretativa. As disposições normativas de textura aberta, apesar de emprestarem maior dinamicidade e adaptabilidade ao Direito, acabam por oportunizar amplo espaço de liberdade para o intérprete, o que pode desembocar em um indesejado “decisionismo”, aumentando os riscos da insegurança jurídica. É justamente aqui que entra a importância dos precedentes:

¹²¹ O Enunciado n. 380 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), dispõe que “a expressão ‘ordenamento jurídico’, empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes”.

¹²² MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 87-96.

¹²³ A imparcialidade do julgador é considerada por Mauro Capelletti como “valor final da função judiciária”, cf: CAPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 32.

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 151.

¹²⁵ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 180.

¹²⁶ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 180.

promover o fechamento do sistema, restringindo o conteúdo das decisões e controlando os poderes confiados aos magistrados¹²⁷. É que, em um sistema precedentalista, a posição do intérprete só se legitima quando encontra respaldo institucional. A ideia é a de que o Judiciário se manifeste de maneira institucionalizada, interpretando e aplicando o Direito vigente com uniformidade, ainda que, para isso, os entendimentos pessoais sejam sacrificados em busca de um bem maior: a promoção da segurança jurídica.

Com efeito, a subjetividade inerente ao ato humano de decidir – que, frequentemente, desemboca na dispersão jurisprudencial, sobretudo diante de normas de tessitura aberta – pode ser eficientemente limitada por um sistema de precedentes. Isto é, um sistema de precedentes judiciais, se adequadamente operado, serve para garantir racionalidade e coerência ao ordenamento, combatendo os efeitos perniciosos da intensa liberdade interpretativa conferida pelo sistema aos juízes e tribunais.

2.8. Os precedentes no Brasil

2.8.1. A gradativa valorização dos precedentes no ordenamento brasileiro

É inegável que há, no Brasil, uma excessiva e desmoralizante mutabilidade dos entendimentos das cortes, principalmente no âmbito do STJ¹²⁸, cuja vocação precípua é a de uniformizar a interpretação e aplicação do Direito nacional infraconstitucional¹²⁹. É bastante comum, na prática dos tribunais brasileiros, a ruptura da linha decisória de forma brusca e injustificada, surpreendendo os jurisdicionados.

A aleatoriedade da prestação jurisdicional no Brasil sempre foi alvo de grande preocupação, o que fez com que a ciência processual passasse, cada vez mais, a buscar instrumentos capazes de reduzir a dispersão jurisprudencial. Diversos foram os institutos criados ao longo do tempo, por meio de reformas constitucionais e legislativas, na perspectiva

¹²⁷ ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do Direito. In: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Org.) *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 441-443.

¹²⁸ Para acesso a exemplos de mudanças repentinas de entendimentos do STJ, cf: CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 38, vol. 221, 2013.

¹²⁹ A propósito, sobre a volatilidade das posições do STJ, em conhecido voto proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 228.432-RS, julgado pela Corte Especial, o Ministro Humberto Gomes de Barros fez uma severa crítica àquela corte. Segundo ele, se a jurisprudência puder variar ao sabor das convicções pessoais dos julgadores, estar-se, na verdade, prestando um desserviço à sociedade e legitimando a adoção da mesma prática por parte dos demais órgãos judiciários.

de valorização da jurisprudência, tais como a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos, a sentença liminar de improcedência, o incremento dos poderes do relator, dentre outros.¹³⁰

Gradativamente, o ordenamento, na tentativa de equalizar o problema da falta de uniformidade na entrega de prestação jurisdicional e da excessiva litigiosidade, começou a caminhar na direção do fortalecimento da jurisprudência¹³¹. Tudo com vistas a amenizar a crise da tempestividade da tutela jurisdicional, o fluxo exagerado de demandas e o número de recursos em tramitação. Isso porque não há como negar que a falta de uniformidade da jurisprudência congestiona ainda mais o Judiciário, ao estimular a judicialização de demandas aventureiras, que apostam na jurisprudência lotérica e na sorte da distribuição.

O fato é que a atividade judicial, tanto no exercício da prática forense, quanto no desenvolvimento da doutrina, há bastante tempo, ocupa relevante papel no Direito brasileiro¹³². O uso de casos anteriores, há muito, faz parte da realidade de quem lida com o Direito no Brasil¹³³. Mesmo antes do atual CPC, nenhum operador do Direito poderia negar a utilidade da jurisprudência: seja para corroborar as teses defendidas em juízo, seja para melhor fundamentar as decisões judiciais, a jurisprudência sempre contou com uma significativa importância na tradição jurídica nacional¹³⁴. Não é de hoje que os tribunais, via de regra, embasam seus acórdãos, primordialmente, na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Enfim, “há longa data, no Brasil, (...), os operadores jurídicos e a própria ciência do Direito flertam com o direito jurisprudencial”.

Contudo, a legislação processual e a mentalidade da comunidade jurídica focavam na “jurisprudência”, e não nos precedentes. A legislação processual anterior sequer utilizava o

¹³⁰ ROQUE, André Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e o controle da jurisprudência no novo CPC. Disponível em: <http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16>. Acesso em 21 de fev. 2018.

¹³¹ “Não é de hoje que o sistema brasileiro vem se inovando rumo ao precedente vinculante” (ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade no sistema processual brasileiro...cit.,p. 130*).

¹³² Demonstrando que os precedentes desempenham um papel importante no Direito luso-brasileiro desde as suas origens, cf: SOUZA, Marcus Seixas. *Os precedentes na história do Direito brasileiro: colônia e império*. Dissertação de Mestrado. Salvador: UFBA, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15279/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20Marcus%20Seixas%20Souza.pdf>. Acesso em 25 de fev. de 2018.

¹³³ “Nos horizontes do direito brasileiro, não há dúvida de que, ao longo da história, a atividade judicial sempre desempenhou importantíssimo mister, tanto no exercício da prática forense, quanto no próprio aperfeiçoamento dogmático dos institutos jurídicos” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedentes judiciais e a atuação do advogado*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Coleção repercussões do novo CPC*. Advocacia. v. 2. Advocacia. Salvador: JusPodivm; OAB/SP, 2015, pp. 107-118.)

¹³⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedentes judiciais e a atuação do advogado*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Coleção repercussões do novo CPC*. Advocacia. v. 2. Advocacia. Salvador: JusPodivm; OAB/SP, 2015, pp. 107-118.

termo “precedente”. Não havia a racionalidade e a prática argumentativa próprias do *stare decisis*. Muito por conta do vezo brasileiro de utilizar o raciocínio subsuntivo herdado da tradição do *civil law*¹³⁵ e da eficácia jurídica tradicionalmente conferida aos precedentes (meramente persuasiva), faltavam a técnica e a responsabilidade adequadas no manejo com os precedentes.

A propósito, Hermes Zaneti Júnior esclarece que:

O Brasil apresentava até o advento do Código de Processo Civil de 2015 um modelo fraco de precedentes judiciais. Muito embora em alguns casos houvesse vinculatividade (ex: súmulas vinculantes) não havia uma regra geral de *stare decisis* e a recepção do modelo do *stare decisis* tinha sido até o presente momento apenas uma recepção parcial e mitigada¹³⁶.

O que se via (e ainda se vê), na realidade forense brasileira, era uma utilização seletiva dos precedentes: tanto os advogados quanto os julgadores escolhiam apenas aqueles precedentes que confirmavam a tese defendida, ignorando a existência dos desfavoráveis, ainda que mais recentes, refletissem entendimento majoritário ou tivessem sido firmados em grau de jurisdição hierarquicamente superior. O pior é que, não raramente, os julgados utilizados sequer legitimavam os argumentos deduzidos, sobretudo porque a cultura do “ementismo”¹³⁷, largamente disseminada no meio jurídico, distorce a compreensão do precedente e a identificação da sua *ratio decidendi*. A ementa, originariamente concebida como mecanismo facilitador de catalogação de decisões judiciais¹³⁸, acabou tendo a sua função deturpada pela prática; costuma-se utilizá-las de forma isolada, como se elas bastassem para elucidar todo o conteúdo do precedente.

Esse manuseio seletivo e estratégico dos precedentes, na verdade, não passa de arbítrio. Entretanto, esse tipo de postura não encontra mais guarida no atual sistema processual, que normatiza o ônus argumentativo a ser satisfeito por aqueles que desejam

¹³⁵ “Algo que se mantém como marcante diferença é o raciocínio utilizado pelos juristas, vez que, enquanto no *common law* mantém-se uma aplicação mais pragmática do Direito, com pouca abstração, o jurista do *civil law* aplica primordialmente o método dedutivo, com maior valorização dos conceitos, sendo o raciocínio mais analítico” (PEIXOTO, Ravi. A posição dos Tribunais Superiores e a Eficácia dos Precedentes nas Causas Repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 119. Fev. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/6940716/Ravi_Peixoto_-_A_posi%C3%A7%C3%A3o_dos_tribunais_superiores_e_a_efic%C3%A1cia_dos_precedentes_nas_causas_repetitivas._Revista_Dial%C3%A9tica_de_Direito_Processual_v._119. Acesso em 28 jun. 2019.)

¹³⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*cit., p. 389.

¹³⁷ A respeito da expressão “ementismo”, cf: MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. Quem vê ementa, não vê precedente: ementismo e precedentes judiciais no novo CPC. In: Freire, Alexandre *et al.* (coord.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 2, p. 211.

¹³⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A ementa nos acórdãos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, dez. 2004, v. 21, p. 106-120.

argumentar por precedentes e impõe a todos os sujeitos processuais uma postura eticamente responsável, condizente com a boa-fé objetiva e com modelo cooperativo de processo.

A tradicional forma de atuação dos operadores do Direito no Brasil precisa ser repensada; a utilização aleatória, desorganizada e improvisada da jurisprudência deve ceder espaço ao uso racional e técnico de precedentes, qualificando-se o debate processual, mediante a atribuição de um elevado ônus argumentativo àqueles que pretendam operar em um sistema precedentalista, principalmente quando tenham a intenção de afastar entendimentos já consolidados. Ou seja, é preciso que a comunidade jurídica se conscientize de que o *stare decisis* impõe o aprimoramento da arte da argumentação jurídica, “dada a necessidade de observação, comparação, distinção e desenvolvimento de aprimorado raciocínio jurídico em torno dos precedentes”¹³⁹.

Também não encontra mais respaldo na ordem processual vigente a cultura demandista disseminada no meio jurídico brasileiro. Não há como ignorar a existência de uma tradição, internalizada e difundida, que privilegia a litigância, em detrimento dos instrumentos de autocomposição, o que vai de encontro ao modelo de justiça multiportas arquitetado pelo atual Código. É nítida a preferência que ainda se tem pelas formas heterocompositivas de resolução de conflitos, sobretudo pela jurisdição estatal, o que, obviamente, causa significativo impacto nos índices de congestionamento da justiça. Não se tem a consciência de que o “processo moderno está construído na base da possibilidade, mas não da necessidade, de litígio”. Há uma “síndrome de litigiosidade” que atua contrariamente à “capacidade de dialogar”¹⁴⁰.

Porém, essa cultura de valorização da litigância perde o sentido diante de um sistema de precedentes obrigatórios. Afinal, a previsibilidade das decisões judiciais funciona como fator inibitório da judicialização. Nos sistemas em que a jurisprudência é minimamente previsível e estável, os advogados conseguem melhor desempenhar o papel de orientação jurídica, aferindo o custo-benefício da demanda, a partir da observação do repertório jurisprudencial. Isso evita demandas aventureiras que apostam na sorte da distribuição e no casuísmo. A tendência é que os advogados se sintam, naturalmente, desencorajados quando o Judiciário se orientar, de forma consistente e estável, contrariamente à pretensão dos seus clientes. Se a probabilidade de derrota é grande, torna-se muito mais atrativo e inteligente

¹³⁹ VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 342

¹⁴⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo: RePro*, v. 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89060>

evitar os custos de uma demanda judicial, o que favorece até mesmo a realização de acordos extrajudiciais.

Nessa conjuntura, o atual CPC surge, nas palavras de Thomas da Rosa de Bustamante, como “um sopro de esperança” para que ocorra uma mudança paradigmática na prática argumentativa dos sujeitos processuais, tendo em vista o importante conjunto de regras que consagram as principais exigências do sistema de precedentes obrigatórios a respeito da racionalidade da argumentação jurídica e da fundamentação das decisões judiciais¹⁴¹.

Pode-se dizer que o Código de Processo Civil representa um decisivo passo no longo caminho trilhado em busca de uma interpretação uniforme, íntegra e coerente dos textos normativos e da contenção da litigiosidade¹⁴². A positivação do dever jurídico de seguir precedentes é, sem dúvida, uma alternativa decisiva para a redução de tamanha algazarra jurisprudencial que impera no ordenamento brasileiro, com a pretensão de torná-lo mais uniforme, íntegro e coerente. Não se nega que, com a institucionalização do *stare decisis*, ocorreu um expressivo avanço para a criação de um sistema racional de distribuição da justiça. Entretanto, a construção de uma cultura de respeito aos precedentes exige mais do que uma mera imposição legal, sobretudo em um ordenamento como o brasileiro, atrelado à tradição do *civil law*, cujos operadores estão, historicamente, acostumados a atribuir-lhes eficácia meramente persuasiva e a raciocinar de forma mecânica e silogística.

Nenhuma lei, por mais bem elaborada que se apresente, será autossuficiente para implementar uma mudança cultural. Se não forem bem trabalhadas as bases teóricas e adequadamente desenvolvido o conhecimento técnico necessário, desde a formação jurídica do operador brasileiro, dificilmente uma cultura de respeito aos precedentes florescerá. Daí por que a positivação da teoria dos precedentes obrigatórios deve vir acompanhada de uma profunda reflexão sobre o modelo de atuação dos operadores brasileiros, que, ainda hoje, está, primordialmente, voltado para o estudo da legislação escrita, para o raciocínio subsuntivo e para a ideia de conflito.

Por seu turno, o fato de aqui não haver uma tradição de respeito aos precedentes, na acepção que o *common law* lhe emprega, não constitui um obstáculo intransponível à criação de uma cultura de valorização dos precedentes. E o cenário, diga-se de passagem, é bastante favorável, já que, como visto, há muito se encontra em curso, no ordenamento brasileiro, uma

¹⁴¹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 296.

¹⁴² ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 431.

paulatina evolução sobre a necessidade de uniformização e respeito à jurisprudência que se soma a um fator de impulsão determinante: a positivação do *stare decisis*.

Ademais, o fato de a instituição do sistema de precedentes ter decorrido de imposição legal, e não do contexto histórico, como nos países integrantes da tradição do *common law*, não retira a sua legitimidade. Se a tradição jurídica nacional não lidava com os precedentes com a seriedade e o respeito que os sistemas do *common law* tradicionalmente sempre lhes emprestaram, dificilmente o contexto favoreceria a criação natural, sem imposição legislativa, de uma cultura de respeito aos precedentes¹⁴³.

Por derradeiro, para que sejam colhidos os frutos esperados, deve-se pavimentar o caminho, construindo o arcabouço teórico necessário à adequada operacionalização dos precedentes, não havendo que se falar em mera importação de institutos estrangeiros, nem em instituir, no Brasil, um sistema de precedentes inglês ou norte-americano. Embora não se possa relegar várias décadas de conhecimento construído na tradição do *common law*, as ferramentas elaboradas para funcionar no Direito alienígena nem sempre são compatíveis com a racionalidade jurídica nacional. É indispensável construir uma verdadeira “teoria brasileira de precedentes”, adaptada às particularidades culturais do país e ao Direito interno¹⁴⁴. “O precedente judicial precisa ser pensado a partir da nossa realidade e para ela”¹⁴⁵.

2.8.2. O sistema brasileiro de precedentes vinculantes

O Código de Processo Civil de 2015 inova, ao inaugurar um sistema normativo de vinculação aos precedentes¹⁴⁶⁻¹⁴⁷, por meio do qual o legislador impôs aos tribunais a incumbência de zelar pela manutenção de sua jurisprudência e aos órgãos jurisdicionais o dever de observância a um rol de precedentes considerados vinculantes.

¹⁴³ Desvalorizar a institucionalização da teoria dos precedentes obrigatórios no ordenamento jurídico pátrio, como faz Lenio Luiz Streck, no conjunto de quatro artigos denominado de “tetralogia” e que foi publicado no site Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), apenas porque sua eficácia foi imposta por lei e não do respeito histórico-concreto, é ignorar as nuances da tradição jurídica nacional, como bem demonstrou Guilherme Rizzo Amaral: AMARAL, Guilherme Rizzo. “Precedentes e tetralogia de Streck”. Disponível em: https://www.academia.edu/29309760/Precedentes_e_a_Tetralogia_de_Streck. Acesso em 24 de fev. de 2018.

¹⁴⁴ PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na superação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife, 2015, p. 100.

¹⁴⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 137.

¹⁴⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit., passim*.

¹⁴⁷ Entendendo de forma diversa, Streck e Abboud defendem que o CPC-2015 instaurou, na verdade, um sistema de vinculação jurisprudencial, e não de precedentes, cf: STRECK, Lenio; ABBOUD, Georges. O NPCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. v. 3, p. 175.

É inegável que – seja por meio da reafirmação de mecanismos já existentes na disciplina processual anterior, seja por meio da criação de novos – o CPC-2015 promoveu uma significativa valorização dos precedentes no ordenamento pátrio. Pela primeira vez, no Direito brasileiro, uma lei prevê, de forma plena e manifesta, a obrigatoriedade dos precedentes judiciais no âmbito jurisdicional, assentando-se no princípio do *stare decisis*.¹⁴⁸

A previsão normativa da teoria dos precedentes obrigatórios reflete a conscientização de que, quanto maior for a dispersão e a instabilidade jurisprudencial, maior será o sentimento de insegurança por parte da sociedade, que não conseguirá definir um padrão de conduta a ser seguido. A propósito, Paulo Mendes de Oliveira assevera que:

Compreendida a característica essencialmente problemática e argumentativa da atividade jurisdicional, que revela a existência de um caminho interpretativo a ser percorrido entre os textos legislativos e as normas jurídicas, sobretudo em um ambiente no qual proliferam disposições normativas de textura aberta, torna-se premente a existência de instrumentos de fechamento semântico do sistema, por meio do qual a sociedade poderá ter acesso ao conteúdo normativo em vigor.¹⁴⁹

Importante destacar que não foi empreendida qualquer alteração conceitual de precedente a partir do CPC-2015, havendo apenas uma mudança de eficácia e de paradigma. Várias espécies de precedentes, que antes eram considerados persuasivos, passam a ter, por expressa disposição legal, caráter obrigatório e vinculante¹⁵⁰. Isso, contudo, não significa dizer que hoje, no Brasil, todo precedente seja vinculante, mesmo porque isso não acontece nem nos países integrantes da tradição do *common law*. Evidentemente, continuam existindo precedentes meramente persuasivos, quando, por exemplo, não houver relação hierárquica entre o tribunal criador do precedente e o órgão julgador do caso subsequente.

O sistema brasileiro de precedentes judiciais é normatizado por diversas regras dispersas pelo Código, assumindo a posição de núcleo dois artigos: o 926 (estabelece os deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência) e o 927 (define o rol dos precedentes vinculantes e estabelece algumas regras sobre sua aplicação e modificação). Tais dispositivos constituem os pilares do *stare decisis* no Brasil.

O art. 926 deixa evidente que o CPC buscou implementar uma “lógica de decidibilidade”¹⁵¹, segundo a qual as soluções jurídicas dos casos passados devem ser replicadas nos casos futuros quando entre eles houver suficiente semelhança. De acordo com

¹⁴⁸ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 192.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 301

¹⁵⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 145.

¹⁵¹ Expressão utilizada por Aurélio Viana e Dierle Nunes, cf: VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 222.

Lucas Buriel, “o art. 926 estabelece os deveres gerais de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, que são expressões da segurança jurídica, particularmente a segurança nos atos jurisdicionais”¹⁵². Ainda segundo o autor, “o art. 926 do CPC/2015 é, certamente, o dispositivo mais importante sobre a teoria dos precedentes judiciais, fornecendo material suficiente para a construção do *stare decisis* brasileiro”¹⁵³.

Já o art. 927 elenca quais precedentes devem ser considerados vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵⁴. Não se desconhece a posição daqueles que não enxergam caráter vinculativo no referido rol¹⁵⁵ ou mesmo defendem a inconstitucionalidade do dispositivo¹⁵⁶. Contudo, neste trabalho, parte-se da premissa de que ele é constitucional e de observância obrigatória pelos órgãos jurisdicionais. Esse é o mesmo posicionamento defendido, entre outros, por Lucas Buriel¹⁵⁷, Hermes Zaneti Júnior¹⁵⁸, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria¹⁵⁹, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcellos Carilho Lopes¹⁶⁰, Ronaldo Cramer¹⁶¹ e José Manoel de Arruda Alvim Neto¹⁶².

De acordo com o art. 927 do CPC, os juízes e tribunais devem observar: *i*) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; *ii*) os enunciados de súmula vinculante; *iii*) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; *iv*) os enunciados de súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; *v*) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹⁵² MACÊDO, Lucas Buriel de. ob. cit., p. 338.

¹⁵³ MACÊDO, Lucas Buriel de. ob. cit., p. 332.

¹⁵⁴ De acordo com Hermes Zaneti Júnior, o rol do art. 927 elenca os “precedentes normativos formalmente vinculantes”. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*cit., p. 350).

¹⁵⁵ Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silveira Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello defendem que são vinculantes apenas aqueles provimentos que contam com a reclamação para forçar seu cumprimento, cf: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogério Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.315.

¹⁵⁶ Nesse sentido: ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judícia*. São Paulo: RT, 2014, p. 392. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538. TUCCI, José Rogério Cruz e. “O regime do precedente judicial no novo CPC”. In: Fredie Didier Jr. et. al. (coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.837.

¹⁵⁷ *Precedentes judiciais e o Direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 174-187.

¹⁵⁸ *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 399-406.

¹⁵⁹ *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 2. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

¹⁶⁰ *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43-44.

¹⁶¹ *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 188.

¹⁶² *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016, p. 523-524.

A redação do *caput* do art. 927 do CPC, ao utilizar o termo “observarão”, possui clareza semântica difícil de superar. Da maneira como está escrito o texto, não há como negar a eficácia vinculante aos precedentes ali estabelecidos¹⁶³. A propósito, segundo Hermes Zaneti Júnior, “a lei não contém palavras inúteis e, quando para além dos deveres de estabilidade, coerência e integridade, o dispositivo fala em juízes e tribunais *observarão*, trata-se de uma vinculação de caráter jurídico”¹⁶⁴.

Para uma adequada compreensão do sistema de precedentes vinculantes instituído pelo atual CPC e tendo em vista que o rol do seu art. 927 será de especial relevância para a operacionalização da proposta que será aqui apresentada, importante tecer breves considerações a respeito de cada uma das espécies de provimento previstas no referido dispositivo¹⁶⁵.

Com relação às decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I), muito se diz que o CPC não trouxe qualquer inovação¹⁶⁶, tendo em vista que tais decisões já seriam dotadas de eficácia vinculante por expressa disposição constitucional (CF, art. 102, §2º). Contudo, fundamental que se faça aqui uma ressalva. Trata-se do debate travado no STF sobre a “eficácia transcendente da fundamentação em sede de controle concentrado”¹⁶⁷. A discussão gira, basicamente, em torno da análise da extensão da eficácia vinculante para fins de ajuizamento de reclamação.

De um acórdão prolatado em ação de controle concentrado de constitucionalidade, surgem duas normas jurídicas: *i*) a concreta, inserta no dispositivo do julgado, que possui eficácia *erga omnes*; *ii*) a abstrata e genérica, deduzida da fundamentação do julgado e consistente na *ratio decidendi* do precedente firmado. A grande questão é saber se os efeitos vinculantes estão restritos ao dispositivo da decisão ou se se estendem também aos motivos

¹⁶³ CRAMER, Ronaldo. ob. cit., 2016, p. 190.

¹⁶⁴ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 409.

¹⁶⁵ Saliente-se que a análise do rol do art. 927 utilizará, *primordialmente* (a despeito de alguns pontos de discordâncias), como marco teórico a doutrina de Lucas Buril, cf: MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 338-347.

¹⁶⁶ Lucas Buril afirma que “os dois primeiros incisos não trazem nenhuma novidade para o sistema processual”. (MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 338). Entretanto, o autor não ignorou a questão que se debate a seguir, a qual foi tratada mais à frente no item “8.20. A Reclamação Constitucional e seu cabimento para cassar a aplicação equivocada de precedentes obrigatórios”.

¹⁶⁷ Quanto à expressão, Leonardo Carneiro da Cunha alerta “a terminologia é prolixa”. Segundo o autor, seria bem mais simples falar em “vinculação ao precedente”, porque é exatamente sobre isso a discussão jurídica travada. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 763). De acordo com Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso, a utilização dessa expressão demonstra que “a compreensão da operação com precedentes à época era muito incipiente”. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 23.)

determinantes da decisão, ou seja, ao precedente surgido em sede de controle concentrado de constitucionalidade¹⁶⁸.

O STF já chegou a admitir reclamação para fazer valer a autoridade do precedente firmado em controle concentrado de constitucionalidade¹⁶⁹. Entretanto, o entendimento que acabou prevalecendo, com o qual discordamos¹⁷⁰, foi no sentido de que o desrespeito à *ratio decidendi* da decisão não autoriza a propositura de reclamação, a qual apenas se mostra cabível quando caracterizada violação ao dispositivo do julgado¹⁷¹⁻¹⁷². Cuida-se, nitidamente, de postura para evitar a proliferação desmedida de reclamações¹⁷³.

Todavia, ao que tudo indica, esse posicionamento será revisitado à luz do atual CPC¹⁷⁴, na medida em que o atual Código inclui a decisão proferida em sede de controle concentrado no rol de precedentes vinculantes (art. 927, I) e autoriza a propositura de reclamação em caso não observância à “tese jurídica” nela firmada (art. 988, III e § 4º)¹⁷⁵. Outrossim, o enunciado 168 do FPPC dispõe que: “Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

Assim, diante da atual conjuntura legislativa, o debate a respeito dos limites objetivos do efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado de

¹⁶⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 26.

¹⁶⁹ STF, Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 21.05.2004; STF, Rcl 4.987, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07.03.2007, Informativo 458.

¹⁷⁰ Adota-se aqui a mesma linha de raciocínio de Leonardo Carneiro da Cunha, que critica o entendimento atual do STF fundando-se, basicamente, em duas questões: a) a tese prevalecente ignora a eficácia vinculante dos precedentes, concedida pelo próprio texto constitucional; b) não realiza qualquer referência ao acórdão anterior que adotou essa teoria, em clara violação ao dever de autorreferência., cf: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo...cit.*, p. 764. No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 630.

¹⁷¹ Nesse sentido: STF, Primeira, Rcl 21884 AgR, rel. Min. Edson Fachin, DJe, 11.04.2016 ; Primeira, Rcl 6416 AgRED, rel. Min. Luz Fux, DJe, 11.09.2014; Primeira, Rcl 11477 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJe, 30-08-2012; Pleno, Rcl 3294 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe, 29.11.2011; Pleno, Rcl 3014, rel. Min. Ayres Britto, DJe, 21-05-2010.

¹⁷² No entanto, é bom que se diga que essa linha restritiva quanto ao cabimento da reclamação vem sendo excepcionada quando estejam em questão temas afetos à liberdade de expressão ou à liberdade de imprensa. Nesse sentido: Rcl 22.328-RJ, Rcl 18.638-MC, Rcl 18.687-DF, Rcl 18.735, Rcl 18.746-MC, Rcl 18.566-MC e Rcl 16.434-MC.

¹⁷³ Sobre o assunto, cf: BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 248.

¹⁷⁴ Nesse sentido, cf: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 30.

¹⁷⁵ No julgamento da ADI 4.697, o Min. Roberto Barroso destacou a necessidade de revisão da matéria à luz da nova disciplina da Reclamação Constitucional delineada no CPC-2015.

constitucionalidade para fins de cabimento de reclamação ganha novos contornos a partir do CPC-2015¹⁷⁶, razão pela qual não parece acertado afirmar que a previsão do inciso I do art. 927 não trouxe qualquer novidade ao sistema processual.

No que toca aos enunciados de súmula vinculante (CPC, art. 927, II) a própria Constituição Federal já as dotava de efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, conforme dicção do art. 103-A da CF, incluído pela Emenda Constitucional 45. Nesse ponto, não há grande inovação.

O inciso III do art. 927 do CPC faz alusão aos acórdãos¹⁷⁷ em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamentos de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O IRDR é um incidente disciplinado nos artigos 976 a 987 do CPC e instaurado em qualquer processo de competência originária, recurso ou remessa necessária de qualquer tribunal, cuja finalidade precípua é sedimentar tese sobre questão jurídica repetitiva que vinculará todos os órgão jurisdicionais inferiores e também o próprio Tribunal, o qual apenas poderá deixar de aplicá-la após realizar procedimento específico de revisão (art. 986, CPC).

Os recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1.036 a 1.040, CPC), embora não provoquem a instauração de um incidente, possuem lógica e funcionamento bastante semelhantes ao IRDR. Justamente por conta disso é que foram tratados genericamente como “julgamento de casos repetitivos” pelo legislador (art. 928, CPC), formando o “microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos”¹⁷⁸. A sistemática dos recursos repetitivos facilita o gerenciamento pelo STJ e pelo STF dos inúmeros recursos excepcionais que versam sobre a mesma questão. Tal sistemática já era prevista no CPC-1973 (arts. 543-B e 543-C), porém de forma mais simples e restrita. O CPC atual trouxe um disciplinamento mais aprimorado, amplo e detalhado do regime de causas repetitivas.

Já o IAC, cuja regulamentação encontra-se disposta no art. 947 do CPC, não faz parte do “microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos”, integrando apenas o

¹⁷⁶ A propósito, de acordo com Gustavo Azevedo, “esse é um debate no STF que foi sepultado pelo CPC, ao erigir um sistema de precedentes formalmente vinculantes, elegendo a reclamação como meio adequado para impor o respeito à *ratio decidendi* das decisões de controle concentrado de constitucionalidade”. (AZEVEDO, Gustavo. Reclamação Constitucional no direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 70.)

¹⁷⁷ Importante aqui trazer a crítica bem delineada por Lucas Buriel a respeito da falta de técnica na utilização do termo ‘acórdão’. Segundo o autor, “o acórdão, no sentido de decisão, não é o que obriga, mas sim o precedente.” (MACÊDO, Lucas Buriel de. ob. cit., p. 339)

¹⁷⁸ O “microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos” tem por objetivo precípua sedimentar, de forma ágil, eficiente e racional, entendimento sobre questões jurídicas que se repetem em vários processos. Tal microsistema é composto pelo IRDR e pelos recursos extraordinários repetitivos e tem por objetivo “conferir tratamento prioritário, adequado e racional às questões repetitivas”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v. 3, cit., p. 673).

“microssistema de formação concentrada de precedentes”¹⁷⁹ e destina-se a resolver, em qualquer Tribunal, relevantes questões de direito, com grande repercussão social, desde que não repetitivas.

O inciso IV do art. 927 empresta efeitos vinculantes às súmulas “comuns” do STF e do STJ, desde que editadas nos seus respectivos âmbitos de competência (questão constitucional e infraconstitucional, respectivamente). Como se percebe, o CPC procurou privilegiar as funções outorgadas constitucionalmente a cada tribunal. É essencial que se interprete analógica e teologicamente o dispositivo para incluir também as súmulas dos Tribunais de Justiça sobre direito local, já que esses órgãos são os responsáveis por conferir a última palavra na interpretação sobre direito local¹⁸⁰. Nesses casos, a “Corte Suprema” na matéria local será o Tribunal de Justiça e não os Tribunais Superiores, “por uma questão de hierarquia formal e de distribuição de competências no modelo federativo”¹⁸¹.

Fundamental destacar que, não obstante o art. 927 do CPC seja tratado como “rol dos precedentes vinculantes”, súmula não se confunde com precedente¹⁸². A súmula pode ser conceituada como um enunciado linguístico com pretensão de sintetizar, mediante locução única, uma determinada interpretação jurídica que reflete o entendimento do Tribunal¹⁸³. Diferentemente dos precedentes, que jamais são abstratos e genéricos, as súmulas são, por definição, pronunciamentos judiciais com pretensão de abstração e generalidade¹⁸⁴⁻¹⁸⁵.

Em decorrência disso, o raciocínio argumentativo analítico próprio do *stare decisis* se revela, a princípio, incompatível com a ideia de súmulas, já que estas costumam ser aplicadas “a partir da pura e simples invocação de seu texto, assim como se faz com os dispositivos

¹⁷⁹ O “microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios” é “formado pelo procedimento de criação de súmula vinculante, pelo incidente de arguição de inconstitucionalidade em tribunal, pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microssistema”. Esse microssistema “contém normas que determinam a ampliação da participação e da cognição, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e a ampla publicidade”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo...cit.*, p. 244).

¹⁸⁰ Embora a matéria possa ser levada ao STJ, via recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do art. 105, II, *b*, da CF/88)

¹⁸¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 407.

¹⁸² Sobre tal distinção, cf: THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 395-400. ABOUD, Georges. Súmula vinculantes versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol. 165, p. 218-220. MACÊDO, Lucas Buril de. *Ob. cit.*, p. 333.

¹⁸³ LUNELLI, Guilherme. *Direito sumular e fundamentação decisória no CPC/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110.

¹⁸⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 62).

¹⁸⁵ “A súmula é o enunciado jurídico, escrito e resumido, de um tribunal acerca de suas decisões. Trata-se de uma linguagem pretoriana que descreve o entendimento do tribunal sobre uma questão jurídica específica”. AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação Constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 175.

legais”¹⁸⁶⁻¹⁸⁷. Daí a severa crítica de Marinoni com relação à inclusão das súmulas no rol do art. 927 do CPC. Segundo o autor, a estruturação das súmulas (enunciados sintéticos gerais e abstratos, que se desprendem dos fatos concretos dos casos a que fazem referência), diminuem a importante função de orientação dos julgadores em casos futuros¹⁸⁸.

Embora pareça ser um contrassenso a previsão de súmulas num sistema de precedentes, é inquestionável que a atual disciplina processual se preocupou em promover maior coerência e sistematicidade na criação e aplicação dos verbetes sumulares. As regras dispostas nos artigos 926, §2º, e 489, §1º, do CPC, deixam clara a necessidade de se empreender um juízo comparativo entre o caso presente e os casos que motivaram a criação da súmula. É possível afirmar, com isso, que o legislador, de certa forma, tentou amenizar o problema da excessiva abstração e generalidade das súmulas, legitimando a sua permanência. “Tem-se não só a aposta simultânea e paradoxal em súmulas e precedentes, mas há também uma tentativa de coordenação dos dois institutos”¹⁸⁹.

Logo, sem descurar o debate a respeito da problemática e tensa relação entre as súmulas e o sistema de precedentes obrigatórios, o fato é que a presença das súmulas no ordenamento é uma realidade com a qual temos que lidar. O sistema processual prevê, incentiva e até impõe a edição de súmulas como instrumentos de consolidação e divulgação da jurisprudência¹⁹⁰. Na verdade, o art. 926, § 1º, do CPC cria para os tribunais um “dever de edição de súmula”¹⁹¹. Partindo desse pressuposto, a função do intérprete está justamente em tentar construir soluções jurídicas que consigam extrair a máxima efetividade do sistema de precedentes vinculantes, adaptando o manejo das súmulas ao ônus argumentativo imposto pelo *stare decisis*, a partir da observância do aparato normativo existente para isso.

No último inciso, o CPC estatui, como de observância obrigatória, “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Tal previsão denota a preocupação do legislador em outorgar caráter vinculante aos pronunciamentos oriundos dos órgãos de composição ampliada dos Tribunais, o que, diga-se de passagem, é bastante

¹⁸⁶ MACÊDO, Lucas Buri de. Ob. cit., p. 334.

¹⁸⁷ A respeito do método argumentativo empregado no uso dos precedentes, Taruffo esclarece que “nem sempre se presta a devida atenção ao fato de que, em linha de princípio, o precedente se funda sobre a analogia que o segundo juiz vê entre os fatos do caso que ele deve decidir e os fatos do caso já decidido, porque somente com essa condição é que se pode aplicar a regra pela qual a mesma *ratio decidendi* deve ser aplicada a casos idênticos ou ao menos similares”. (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: Ensaio*. Tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 131).

¹⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 310.

¹⁸⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 334.

¹⁹⁰ Inclusive, a expressão “súmula” aparece no Código em 21 (vinte e uma) ocasiões, enquanto que a expressão “precedente” é empregada apenas 4 (quatro) vezes.

¹⁹¹ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 332.

justificável se levarmos em consideração o contexto jurisprudencial brasileiro. A ideia é que apenas se possa falar em “posição do Tribunal” quando a decisão tenha sido tomada por todos os membros ou, ao menos, parcela substancial deles.

A despeito disso, é importante que sejam consideradas vinculantes também as decisões das *seções especializadas* do STJ, pois caso o dispositivo seja interpretado em sua literalidade, corre-se o risco de esvaziar-se a função daquela Corte (definição da interpretação sobre a legislação federal infraconstitucional). Isso porque o regimento interno do STJ restringe de forma significativa o acesso à corte especial, o que faz com que grande parte das matérias sejam resolvidas em uma das três seções especializadas. Ou seja, a seção acaba funcionando, em termos pragmáticos, como o plenário para a discussão de determinadas matérias. Em sendo assim, como bem assevera Lucas Buril, de modo absolutamente acertado em nossa visão, “não há justificativa para limitar a atribuição de eficácia obrigatória aos precedentes da Corte Especial do STJ quando a imensa maioria das matérias será decidida com ares de definitividade pelas seções especializadas”¹⁹².

É preciso fazer outra ressalva. Se as seções são formadas pela reunião das turmas da mesma especialidade, quando ambas as turmas da seção estiverem decidindo de forma alinhada também será hipótese de vinculação. É que, nesse caso, o entendimento da seção já estará expresso na tese perfilhada por ambas as turmas. Além do mais, inexistindo divergência entre as turmas, dificilmente a matéria chegará à seção. Por seu turno, diante de dissidência interpretativa ou de pronunciamento de apenas uma das turmas, não haverá precedente vinculante, estando os órgãos jurisdicionais inferiores autorizados a dissentir, desde que, obviamente, dialoguem com os respectivos precedentes, explicitando adequadamente as razões da discordância¹⁹³.

Para finalizar as linhas gerais sobre *stare decisis* brasileiro, é bom que se diga que não há sentido em desvalorizar a teoria dos precedentes no Direito pátrio apenas porque os provimentos previstos no art. 927 do CPC já nascem, por imposição normativa, como

¹⁹² MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 341.

¹⁹³ A propósito, o Ato Regimental n. 1, de 2 de junho de 2008, editado pela Advocacia-Geral da União antes mesmo da vigência do CPC-2015, na mesma linha aqui defendida, dispõe em seu art. 2º, parágrafo único, que deve ser entendido por “jurisprudência iterativa”, para fins de edição de sumula da AGU, “as decisões proferidas pelo Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializada dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, em suas respectivas áreas de competência”.

precedentes¹⁹⁴. Não é porque no *common law* o reconhecimento de uma decisão como precedente ocorre posteriormente que terá de ser assim em todos os ordenamentos que pretendam instituir o *stare decisis*. Se o reconhecimento é prévio ou posterior, isso apenas influenciará para fins de identificação da sua eficácia – prospectiva ou retrospectiva – nada tendo a ver com a sua definição¹⁹⁵. É dizer, se uma decisão judicial possui aptidão para servir de paradigma ou modelo para outras, ela será um precedente, independentemente de já nascer assim ou de adquirir tal *status* posteriormente.

2.8.3. Precedente como fonte do Direito no ordenamento brasileiro

Um dos traços distintivos entre as duas tradições jurídicas ocidentais reside na importância que cada um confere à lei e ao precedente judicial como fonte do Direito.

Enquanto nos países ligados à tradição anglo-americana, os precedentes, ao lado do Direito costumeiro, sempre ocuparam o lugar de fonte de Direito por excelência¹⁹⁶, no Brasil, como fruto da tradição romano-germânica, foi a legislação que sempre assumiu a posição central de fonte primária do Direito; os precedentes, geralmente dotados de força persuasiva, quando muito, eram colocados como fontes meramente secundária, reflexa ou indireta¹⁹⁷⁻¹⁹⁸. Por bastante tempo, a lei foi considerada no *civil law* a fonte quase exclusiva do Direito, a ponto de identificar-se o Direito com a lei; a solução dos casos, antes de qualquer coisa, demandava uma pesquisa no acervo legislativo, com o auxílio de vários processos de interpretação, no intuito de encontrar a resposta que retratasse a vontade do legislador.

Todavia, há um movimento mundial de convergência entre as duas tradições jurídicas ocidentais¹⁹⁹, que se tornam paulatinamente mais próximas, a ponto de se chegar a falar em

¹⁹⁴ No sentido de que o momento do reconhecimento é essencial para definição do “genuíno precedente”, cf: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *Comentários ao Código de Processo Civil*. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (org). São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1215.

¹⁹⁵ CRAMER, Ronaldo. ob. cit., p. 80.

¹⁹⁶ “O Direito inglês é essencialmente jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores”. (ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes vinculantes e irretroatividade no sistema processual brasileiro...cit.*, p. 36)

¹⁹⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85.

¹⁹⁸ Sobre o assunto, cf: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, passim; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 116; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes vinculantes e irretroatividade no sistema processual brasileiro...cit.*, p 99-104.

¹⁹⁹ Sobre o fenômeno jurídico mundial da aproximação das famílias jurídicas ocidentais, cf: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p 55-69, 2003. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de

ordenamentos híbridos²⁰⁰. Essa aproximação se deu, em grande medida, por conta da globalização, que facilita o intercâmbio de informações entre os mais variados sistemas jurídicos e a realização de estudos comparados.

Desde a década de 1980, Mauro Cappelletti já afirmava: “de vários anos até esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas grandes famílias jurídicas”²⁰¹. Enquanto os sistemas de *civil law* vêm conferindo maior importância às decisões judiciais e ao estudo de casos²⁰², os ordenamentos de *common law* vêm aumentando seu interesse pelas legislações codificadas²⁰³ e pela doutrina acadêmica.

Tendo em vista que o ordenamento brasileiro é considerado, tradicionalmente, de *civil law*, as atenções aqui ficarão concentradas no movimento de convergência do *civil law* para *common law*.

Uma das principais causas desse movimento é a perda da centralidade dos códigos, que antes eram tidos como verdadeiros oráculos, possuidores de respostas prontas e acabadas para todas as demandas sociais, deixando quase nenhum espaço para a atividade hermenêutica do aplicador. O desprestígio das legislações codificadas decorre, principalmente, do dinamismo e do aumento da complexidade social. Se um dia acreditava-se que a segurança jurídica estaria garantida por textos normativos gerais e abstratos, hoje se tem a consciência que o fenômeno jurídico é muito mais complexo do que o Direito legislado e que a mecanicidade na aplicação das leis, baseada no raciocínio lógico-dedutivo difundido pela Escola da Exegese e pelo positivismo jurídico, não passa de uma utopia.

A percepção de que inexiste um sentido pré-definido a ser extraído da lei e de que obra do legislador é concluída apenas com a decisão do intérprete, acaba por demonstrar a importância dos precedentes como instrumentos para garantir a uniformização, isonomia e

civil law e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito* – UFPR, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

²⁰⁰ O Brasil é considerado por muitos um exemplo de ordenamento híbrido, mestiço. Nesse sentido: MACÊDO, Lucas Buriel de. ob. cit., p. 67; MARINONI, Luiz Guilherme, Precedentes obrigatórios... ob. cit., p. 81. ZANETTI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 107.

²⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 81.

²⁰² Inclusive, passam a fazer parte da grade curricular das faculdades disciplinas específicas de prática jurídica, nas quais se prioriza o estudo e atuação em casos concretos, dando-se maior atenção às decisões judiciais e à arte da argumentação.

²⁰³ A lei vem ganhando cada vez mais espaço no *common law*, sobretudo nos Estados Unidos, onde a produção legislativa é tão intensa quanto nos países típicos de *civil law*. “O centro de gravidade do sistema deslocou-se em muitas matérias para a lei, que é agora o principal fator de renovação do Direito vigente”. (VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 335).

previsibilidade ao Direito²⁰⁴. Essa constatação reforça a necessidade prática de utilização de precedentes em qualquer sistema jurídico²⁰⁵.

A crescente valorização dos precedentes judiciais nos mais variados sistemas praticamente fez desaparecer as fronteiras demarcatórias entre o *civil law* e o *common law*²⁰⁶. A atividade judicial deixou de ser encarada como meramente declaratória, assumindo a sua feição criativa²⁰⁷, e os precedentes passaram a ocupar lugar de especial relevância nos ordenamentos do *civil law*. E o Brasil²⁰⁸, semelhantemente ao que ocorre em outros países do *civil law*, acompanha esse movimento, incorporando, paulatinamente, a cultura de valorização dos precedentes, própria do *common law*²⁰⁹⁻²¹⁰.

A prática de argumentar por precedentes é, cada vez mais, assimilada pela tradição jurídica nacional. Não há quem duvide da importância das decisões judiciais pretéritas como fator de legitimação argumentativa. Como já visto, há bastante tempo, o legislador pátrio, e até o constituinte reformador²¹¹, vêm incrementando o sistema com instrumentos de uniformização da jurisprudência. Tudo vinha corroborando a favor da implementação de um sistema de precedentes obrigatórios, o que se deu, efetivamente, com o atual Código de Processo Civil.

A despeito da secular vinculação do ordenamento brasileiro ao modelo romano-germânico, não se pode negar que as mudanças decorrentes do pós-positivismo (constitucionalização e principialização dos direitos) e a respectiva conformação do

²⁰⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 65.

²⁰⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 64.

²⁰⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Súmulas vinculantes e segurança jurídica nas relações jurídico-administrativas. In: VALIM, Rafael. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 713.

²⁰⁷ No entender de Teresa Arruda Alvim, “quando se diz que o juiz, ao decidir *hard cases*, cria Direito, não se quer com isso significar que ele invente o Direito(...). O juiz cria: mas tem o dever de fazê-lo de forma harmônica com o sistema” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do Direito...* cit., p. 43.)

²⁰⁸ “Deve-se reconhecer que o sistema jurídico nacional encontra-se em posição de vanguarda neste movimento de aproximação entre tradições”. (MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 67).

²⁰⁹ Todavia, isso não quer dizer que exista uma “commonlawnização” do Direito brasileiro. Nesse sentido cf: DIDIER FR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro. Disponível em:

https://www.academia.edu/24644058/O_Respeito_aos_precedentes_como_diretriz_hist%C3%B3rica_do_Direito_brasileiro. Acesso em 05 de nov. 2018.

²¹⁰ Sobre a influência do *common law* no Direito brasileiro, o Ministro Luiz Lux, em um julgamento no STF, chegou a afirmar que “O Brasil, hoje não se pode mais dizer um País com sistema processual de matiz romano-germânica, tamanha influência do Direito anglo-saxônico” (BRASIL – STF – Recurso Extraordinário 586.453/SE, Rel. Min. Ellen Gracie, Relator para Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 20.02.2013, DJe 05.06.2013).

²¹¹ A emenda constitucional nº 45 trouxe a figura da “súmula vinculante” e a possibilidade de feito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

ordenamento jurídico pátrio – o que é uma tendência internacional – revelam uma insofismável realidade: os precedentes, atualmente, são fontes primárias do Direito no Brasil²¹².

O precedente é fonte do Direito, da qual se extrai a norma a partir de um processo hermenêutico. A norma é construída a partir do precedente, não se confundindo com o próprio precedente, assim como a norma também não se confunde com o texto da lei. Confundir precedente com a “norma do precedente”, portanto, é um equívoco²¹³. Da mesma forma que a partir do texto legal se constroem as normas, o precedente como fonte deve ser entendido como “um texto a partir do qual se reconstrói a norma”²¹⁴. Formado o precedente, ele é inserido no sistema de fontes do Direito e seu verdadeiro sentido deve ser extraído a partir de uma postura dialógica e interativa do operador, não havendo espaço para o comportamento exegético e o raciocínio subsuntivo impregnado pelo positivismo clássico. “Há uma construção dialética a partir de uma equiparação hermenêutica dos casos”²¹⁵

Tudo está a demonstrar que não há como falar em teoria de precedentes obrigatórios, se não for para considerá-los fonte do Direito. Os precedentes hoje compõem o conceito de Direito vigente: de elementos de persuasão a integrantes do sistema de fontes primárias²¹⁶⁻²¹⁷, esse foi o resultado do caminho, que, há bastante tempo, vem sendo trilhado pelo sistema brasileiro. Logo, qualquer debate que descure a qualidade de fonte dos precedentes (aliás, fonte formal, ao lado das normas legisladas) é infiel à realidade institucional inaugurada a partir do CPC de 2015.

²¹² JR. ZANETI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 191.

²¹³ MACÊDO, Lucas Buril de. *ob. cit.*, p. 72.

²¹⁴ MACÊDO, Lucas Buril de. *ob. cit.*, p. 201.

²¹⁵ LOPES FILHO, Juraci Mourão. O novo código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, vol. 3, Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 155.

²¹⁶ JR. ZANETI, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 193.

²¹⁷ Segundo Lucas Buril, precedente como fonte judicial do Direito corresponde ao sentido amplo, próprio, continente ou formal de precedente e abarca todo o ato decisório. Cf: MACÊDO, Lucas Buril de. *ob. cit.*, p. 71.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS PRECEDENTES JUDICIAIS

3.1. Uma distinção necessária: os precedentes administrativos e os precedentes judiciais

Antes de aprofundar no tema da presente dissertação, faz-se necessário estabelecer uma importante distinção.

Assim como ocorre no âmbito jurisdicional, na esfera administrativa, também é possível falar-se em *precedentes administrativos* e *jurisprudência administrativa*. Apesar de o presente trabalho versar, especificamente, sobre *precedentes judiciais*, há uma clara interseção entre os dois temas, já que a observância dos precedentes judiciais pela Administração é instrumentalizada por precedentes administrativos. Daí por que é relevante tecer breves considerações a respeito dos precedentes administrativos, sem a pretensão de aprofundar o debate, com o rigor técnico e científico que o tema merece.

De acordo com Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, o precedente administrativo “pode ser conceituado como a norma jurídica retirada da decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela Administração”²¹⁸.

É bom que se diga que, da mesma forma que o precedente judicial não se confunde com a jurisprudência dos tribunais, o precedente administrativo também não se confunde com a jurisprudência administrativa. O precedente administrativo se refere a uma decisão administrativa de um caso particular, enquanto a jurisprudência faz alusão a uma pluralidade, geralmente bastante ampla, de decisões administrativas de diversos casos concretos iguais ou semelhantes²¹⁹. Também prevalece aqui como critério de diferenciação o aspecto quantitativo²²⁰.

São inúmeros e variados os processos administrativos que tramitam na Administração Pública que dão ensejo ao surgimento de precedentes administrativos. A título de exemplo, é possível citar os requerimentos de benefícios previdenciários formulados perante os Institutos de Previdência Social - seja do Regime Geral, seja dos Regimentos Próprios - bem como

²¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 2018, p. 95.

²¹⁹ LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos e a vinculação da atividade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 119.

²²⁰ Em sentido diverso, Diógenes Gasparini entende que “jurisprudência administrativa” seria a jurisprudência proveniente dos órgãos judiciais com consequências para a Administração Pública. cf: GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 81.

aqueles relativos a tributos que decorrem das postulações dos contribuintes perante os Conselhos Administrativos de Recursos Fiscais. Enfim, qualquer espécie de requerimento feito pelo administrado perante a Administração é veiculado através de um processo administrativo, cuja decisão constitui um precedente administrativo, que, se replicada em diversos outros casos iguais ou semelhantes, dá origem à jurisprudência administrativa.

Embora os precedentes administrativos seja um assunto pouco explorado tanto na rotina da Administração quanto pela doutrina administrativista²²¹, é inegável a importância do tema. Garantir que os precedentes administrativos sejam respeitados pela Administração em casos futuros, nos quais estejam presentes as mesmas situações fáticas do passado, é uma questão de segurança jurídica e isonomia. Aliás, todos os fundamentos constitucionais que justificam a vinculação dos órgãos jurisdicionais aos precedentes judiciais, também reclamam a observância da Administração aos seus próprios precedentes.

Inclusive, na via administrativa também é preciso compreender e utilizar institutos próprios da teoria dos precedentes, tais como, *ratio decidendi*, distinção, superação, dentre outros²²². A Administração Pública tem a obrigação de dialogar com seus próprios precedentes, garantindo a observância das decisões administrativas pretéritas quando estejam presentes as mesmas circunstâncias fáticas, de modo a proporcionar previsibilidade e segurança jurídica aos seus administrados.

Sobre a necessidade de vinculação da Administração aos seus precedentes para atendimento ao princípio da eficiência, Gustavo Marinho de Carvalho²²³ assevera:

Uma das maneiras de a Administração Pública tornar-se mais eficiente na realização de suas atribuições, dá-se também pela adoção dos precedentes administrativos. Ao se estabelecer que diante de situações similares deve-se adotar a mesma decisão, é inegável que a Administração se torna mais eficiente, pois minimizam-se as oscilações e contradições no momento de aplicar determinada norma jurídica, sem contar que o tempo despendido diminui consideravelmente.

Atentando-se para relevância da questão, o legislador brasileiro vem, gradativamente, caminhando no sentido de fortalecer a racionalidade e integridade do sistema de precedentes administrativos.

²²¹ Diversamente do que ocorre em países que adotam a dualidade de jurisdição, como a França, onde se verifica um maior aprofundamento dogmático a respeito do precedente administrativo.

²²² PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. *Como os precedentes constantes do art. 927 do CPC podem vincular a Administração Pública?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/como-os-precedentes-constant-do-art-927-do-cpc-podem-vincular-a-administracao-publica-13092019>. Acesso em 13 de set. 2019.

²²³ CARVALHO, Gustavo Marinho de. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. Contracorrente: São Paulo, 2015, p. 412.

A Lei 9.784/99, por exemplo, que regula o Processo Administrativo Federal, estabelece, em seu art. 50, VII, a necessidade de motivação do ato administrativo que deixar de aplicar “jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais”.

Mais recentemente, a Lei 13.655/2018, incluiu no Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB), diversas disposições sobre segurança jurídica e eficiência no Direito Público (regulamentadas pelo Decreto Federal 9.830/2019). O novo art. 30 da LINDB determina que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”, acrescentando no parágrafo único que tais instrumentos possuem caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam.

Além disso, o art. 23 da LINDB²²⁴ se preocupou em estabelecer a necessidade de estabelecimento de regime de transição em caso de superação do precedente administrativo anteriormente firmado, como forma de resguardar as legítimas expectativas criadas em torno da anterior posição administrativa. “Tem-se aí uma espécie de modulação de feitos, em compasso com o que prevê o art. 927, §3º, do Código de Processo Civil, a fim de guarnecer a estabilidade das relações jurídicas”²²⁵.

3.2. A aplicação dos precedentes judiciais pela Administração Pública

É possível analisar a aplicabilidade dos precedentes judiciais pela Administração Pública sob duas perspectivas distintas: *i*) no processual judicial, quando a Fazenda Pública atua como sujeito processual; *ii*) no processo administrativo, quando o Poder Público atua como órgão decisor, responsável pela interpretação e aplicação do Direito.

3.2.1. Os precedentes judiciais no processo judicial e a atuação da Fazenda Pública

²²⁴ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

²²⁵ VALE, Luís Manoel Borges do. A vinculatividade dos precedentes administrativos e as alterações da LINDB. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-vinculatividade-dos-precedentes-administrativos-e-as-alteracoes-da-lindb-26082019>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

É perceptível a crescente valorização dos precedentes judiciais pela Fazenda Pública. Não encontram mais respaldo institucional os conhecidos “malabarismos hermenêuticos constrangedores”²²⁶ outrora frequentemente praticados por uma advocacia de Estado que tentava, a qualquer custo e em nome de um suposto “interesse público”, defender teses jurídicas infundadas e fadadas ao fracasso.

Os sujeitos que pretendam operar em um sistema precedentalista precisam satisfazer o elevado ônus argumentativo imposto pela teoria dos precedentes e adotar uma postura eticamente responsável e qualificada, evitando a repetição acrítica de argumentos reiteradamente já superados pelo Judiciário. É incumbência do advogado público, comprometido com a defesa do erário, empreender esforços para minorar, o tanto quanto possível, o encargo financeiro a ser suportado pelo ente representado.

Diante da impossibilidade de afastamento do precedente contrário à pretensão estatal (inviabilidade do exercício das técnicas da distinção e superação de precedentes), deve-se adotar o comportamento processual que mais rapidamente ponha fim ao litígio, evitando o prolongamento desnecessário do processo e o conseqüente desperdício de recursos públicos, mesmo que, para isso, seja necessário reconhecer o direito da parte adversa.

Os atos postulatórios praticados pela Fazenda Pública estão sujeitos aos mesmos ônus e deveres impostos aos litigantes em geral. Tanto os advogados públicos quanto os privados precisam respeitar o ônus argumentativo imposto pela teoria dos precedentes e o dever processual de boa-fé. A propósito, o art. 5º do CPC dispõe que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Acrescente-se ainda que o respeito da Fazenda Pública aos precedentes judiciais atende ao princípio da eficiência e aos direitos fundamentais da tutela jurisdicional efetiva e da duração razoável do processo, além de ser condizente com o modelo cooperativo de processo inaugurado pelo diploma processual vigente.

Aliás, o art. 496, IV, do CPC, afasta a remessa necessária sempre que a sentença estiver fundada em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa”. A ideia é atribuir efeitos processuais aos atos do Poder Público que reconhecem administrativamente o direito que está sendo objeto de discussão judicial. Afinal,

²²⁶ Expressão utilizada por Juarez Freitas em: FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 117-123, jan./mar 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>. Acesso em: 08 Fev. 2019.

se a própria Administração já se orienta internamente no sentido de reconhecer a pretensão do administrado, não tem sentido prolongar o desfecho da lide submetendo o julgado à remessa necessária. Essa previsão vai ao encontro da noção de eficiência processual e à proposta participativa incentivada pelo legislador processual.

Atento a tudo isso, o Poder Público, nas diversas esferas e formas de representação, consciente de que litigar em face de jurisprudência consolidada não satisfaz o interesse público, autoriza – e até incentiva – a observância dos precedentes judiciais pelos advogados públicos.

Aliás, não é de hoje que o legislador vem empreendendo esforços para reduzir a presença do Poder Público em juízo. É possível encontrar, no ordenamento brasileiro, diversas disposições normativas que reconhecem e valorizam, em alguma medida, a eficácia dos precedentes judiciais na atuação dos advogados públicos.

A Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da AGU, em cumprimento ao art. 131 da CF/88, atribui ao Advogado-Geral da União a competência de editar súmulas administrativas, resultantes de jurisprudência iterativa²²⁷ dos tribunais, as quais possuem caráter obrigatório em relação aos membros da Advocacia Pública Federal (art. 43, da LC n. 73/93)²²⁸. À vista dessas súmulas, os membros da AGU encontram respaldo institucional para deixar de apresentar irresignações em juízo²²⁹.

O Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, que, segundo sua ementa, “consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais”, impõe, em seu art. 2º, um verdadeiro “dever de edição de súmulas”²³⁰. Some-se a isso o Acordo de Cooperação Técnica 052/2009 celebrado entre o Supremo

²²⁷ De acordo com o Ato Regimental n. 1, de 2 de junho de 2008 editado pela Advocacia-Geral da União (art. 2º, parágrafo único, “entende-se por jurisprudência iterativa dos Tribunais, para os efeitos deste Ato Regimental, as decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, dos Órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou de lei federal em matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações”).

²²⁸ Embora previstas em lei como mecanismo para promover a uniformidade de atuação dos membros da instituição, conforme será demonstrado no último capítulo, as súmulas da AGU são, na prática, subutilizadas.

²²⁹ Ato Regimental n. 1, de 2 de junho de 2008 da Advocacia-Geral da União. Art. 6º - É vedado aos membros da Advocacia-Geral da União, aos Procuradores Federais e aos Procuradores do Banco Central do Brasil contrariar Súmula da AGU. § 2º - Os membros da Advocacia-Geral da União, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil que estejam em exercício nos órgãos de representação judicial da União ou de suas autarquias e fundações ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não recorrer e desistir dos recursos já interpostos contra decisões judiciais nos casos que estejam em integral consonância com Súmula da AGU.

²³⁰ Art. 2º Firmada jurisprudência pelos Tribunais Superiores, a Advocacia-Geral da União expedirá súmula a respeito da matéria, cujo enunciado deve ser publicado no Diário Oficial da União, em conformidade com o disposto no art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a Advocacia-Geral da União, através do qual a AGU se comprometeu a “intensificar a identificação de matérias capazes de ensejar a edição de novas súmulas, atendidos os requisitos legais aplicáveis à espécie”²³¹.

Cabe aqui tecer uma breve crítica. É que, embora as súmulas da AGU representem eficientes mecanismos de consolidação de entendimentos e uniformização de atuação, elas são, na prática, subutilizadas. Mesmo existindo um aparato normativo que incentiva, e até impõe, a sua edição, raramente são editadas súmulas pela AGU. No ano de 2018, por exemplo, foram editadas apenas duas súmulas, enquanto que no ano de 2017 nenhuma súmula foi editada²³².

Entretanto, mesmo na ausência de súmula da AGU, é possível a dispensa de prática de atos processuais quando o processo discutir matéria já consolidada jurisprudencialmente. O art. 4º da Lei 9.469/1997²³³ permite que o Advogado-Geral da União dispense a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia estiver sendo iterativamente decidida pelo STF e Tribunais Superiores. No uso de tal atribuição, foram editadas, as portarias 487/2016 e 488/2016, que se destinam a promover a orientação jurídica dos Advogados da União e dos Procuradores Federais, respectivamente. As referidas portarias estimulam uma atuação institucional mais racional e eficiente, ao estipular os procedimentos a serem observados pelos membros da Procuradoria-Geral da União (PGU) e da Procuradoria-Geral Federal (PGF) quando estiverem diante de determinados precedentes judiciais, autorizando-os a reconhecer a procedência do pedido, se abster de contestar e de recorrer, bem como desistir de recurso já interposto.

No mesmo sentido, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)²³⁴ editou a portaria 502/2016 que, em seu art. 1º, determina que os Procuradores da Fazenda Nacional

²³¹ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/sesoes-do-cjf/acordos-e-convenios/2009/TERMO%20DE%20ACORDO%20DE%20COOPERACaO%20TECNICA%20N.%20052-2009.pdf/view>.

²³² O acervo das súmulas da AGU foi publicado no Diário Oficial da União em 12/02/2019 e pode ser consultado em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/62976119.

²³³ Art. 4º. Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

²³⁴ Com relação à PGFN, o Decreto nº 2.346, de outubro de 1997, já trazia, em seu art. 5º, a seguinte previsão: Art. 5º Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, havendo manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador-Geral da

atuem à luz da juridicidade, racionalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, uniformidade e a defesa do patrimônio público, da justiça fiscal, da segurança jurídica e das políticas públicas. O art. 2º dessa portaria autoriza a não apresentação de contestação, contrarrazões e recurso em alguns casos, dentre eles, quando já exista jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido desfavorável à Fazenda Nacional.

Ainda no âmbito da PGFN, a Lei 10.522/2002 traz diversas hipóteses de dispensa de atuação. O art. 19 (com redação dada pela Medida Provisória 881 de 2019), por exemplo, ampliou consideravelmente as espécies de precedentes a serem observados pela Fazenda Nacional. O inciso VI autoriza a não apresentação de contestação, contrarrazões e recursos sempre que a ação versar sobre “temas decididos pelo Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Superior Eleitoral ou pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, no âmbito de suas competências, quando não houver viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, conforme critérios definidos em ato do Procurador-Geral da Fazenda Nacional”.

Embora a redação original da Lei 10.522/2002 tivesse seu âmbito de abrangência inicialmente restrito à Fazenda Nacional, dentre as alterações trazidas pela Medida Provisória 881/2009 está a inclusão do art. 19-D que estende à Procuradoria-Geral da União e à Procuradoria-Geral Federal a aplicação do citado art. 19.

Com fundamento nessas disposições autorizativas, é cada vez mais comum a expedição de atos normativos internos pelas Procuradorias, tais como pareceres e portarias, que legitimam a dispensa de manifestações processuais quando estiver sendo discutida matéria sobre a qual já exista jurisprudência consolidada.

Também é possível encontrar aparato normativo no mesmo sentido no âmbito das Procuradorias Estaduais. Em Pernambuco, por exemplo, a Lei Complementar 401, de 18 de dezembro de 2018, autoriza, em seu art. 1º, I, o Procurador Geral do Estado a dispensar a propositura de ações, a interposição de recursos, o reconhecimento da procedência do pedido e a desistência das medidas judiciais em curso, sempre que “o litígio envolver matéria em confronto com súmula, jurisprudência dominante ou decisão em recurso repetitivo,

Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos.

desfavorável à Fazenda Pública, do Supremo Tribunal Federal, de Tribunal Superior ou de Tribunal local”.

Nessa ordem de considerações, possível perceber um louvável esforço por parte dos entes no sentido de priorizar comportamentos processuais eficientes e condizentes com o sistema de precedentes obrigatórios.

Importante esclarecer que não se está afirmando que a advocacia pública brasileira já esteja operando com os precedentes da forma adequada. Obviamente que ainda falta bastante para que os litigantes em geral (e não apenas a Fazenda Pública) adquiram o amadurecimento e o refinamento técnicos necessários para o adequado manejo dos precedentes. Embora o sistema jurídico brasileiro venha caminhando rumo ao sistema de precedentes há bastante tempo, ainda não se desenvolveu, entre nós, a consciência do pesado ônus argumentativo que recai sobre àqueles que argumentam por precedentes²³⁵.

Por tudo isso, claramente o tema dos precedentes judiciais na atuação contenciosa da advocacia pública não é algo tormentoso que levante grandes debates e questionamentos. Não há dúvidas, mormente a partir da disciplina processual vigente, de que o Poder Público pode (e deve) levar em consideração os precedentes judiciais na prática de atos postulatórios, evitando a litigância procrastinatória e fadada ao insucesso.

3.2.2. *Os precedentes judiciais no processo administrativo*

Diferentemente do que ocorre na fase judicial, quando o assunto é a aplicação dos precedentes judiciais pela Administração Pública na esfera administrativa (alinhamento dos precedentes administrativos aos judiciais), surgem inúmeras peculiaridades, inerentes ao regime jurídico administrativo, que precisam de enfrentamento.

A despeito disso, uma coisa é certa, não é razoável permitir que o Poder Público atue de maneira distinta, a depender de sua localização no universo das relações jurídicas: em juízo, observando os precedentes aplicáveis e, no âmbito administrativo, em completa desarmonia com eles²³⁶. Se a prática de observar precedentes é incentivada na atuação da

²³⁵ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, a. 39, vol. 229, p. 377-400, mar. 2014, p. 381.

²³⁶ LOPES, Alexandre dos Santos. *Precedentes judiciais e Administração pública: análise dos provimentos normativos elencados no art. 927 do CPC/2015*. Disponível em: www.periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/download/19850/13269. Acesso em 02 de jan. de 2018.

Fazenda Pública, é, no mínimo, incoerente que esses mesmos precedentes não sejam aplicados desde a fase administrativa, de modo a impedir o surgimento do conflito.

A recalcitrância da Administração em não seguir o entendimento consolidado pelos tribunais, além de comprometer a imagem do Estado frente aos cidadãos, invariavelmente, acarreta a judicialização massiva e a litigância repetitiva, aumentando o congestionamento do Judiciário e o dispêndio de recursos públicos. O padrão da litigância habitual da Fazenda Pública - em geral, no polo passivo de demandas repetitivas - bem denota esse problema.

Diante desse cenário, a presente dissertação se propõe a analisar a viabilidade jurídica da transcendência da eficácia dos precedentes judiciais para além dos limites das causas em que proferidos²³⁷, alcançando e delimitando a forma de atuação da Administração Pública em sua rotina, extraprocessualmente, na “fase pré-processual”²³⁸.

3.3. O regime jurídico administrativo e os seus aparentes obstáculos

Para que se possa investigar a viabilidade da aplicação dos precedentes judiciais na fase administrativa, revela-se indispensável, de antemão, compreender os precedentes à luz do particular ambiente que envolve a esfera pública.

Serão articulados, a seguir, os principais limitadores comumente colocados à frente da aplicação administrativa dos precedentes judiciais, quais sejam: a legalidade e a separação dos poderes.

3.3.1. O princípio da legalidade administrativa

Baseando-se na lição clássica do princípio da legalidade, seria intuitivo afirmar que os precedentes judiciais jamais poderiam ser aplicados diretamente pela Administração Pública, já que o regime da legalidade administrativa exige, a princípio, a submissão absoluta do Estado aos estritos limites das normas editadas pelo Legislativo.

O conteúdo básico do princípio da legalidade, habitualmente ensinado pela doutrina administrativista e constitucionalista, é o de que os particulares estão proibidos de fazer aquilo que a lei lhes vedar, enquanto a Administração apenas pode agir quando houver expressa

²³⁷ Nesse ponto, interessante é o raciocínio desenvolvido por Weber Luiz de Oliveira sobre a eficácia interna e externa dos precedentes judiciais, ver: OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na Administração Pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 136.

²³⁸ Nomenclatura utilizada por Weber Luiz de Oliveira em: OLIVEIRA, Weber Luiz de. ob. cit., *passim*.

autorização legal. Nesse sentido, em sua conhecida definição do princípio da legalidade, Helly Lopes Meirelles ensina que “enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”²³⁹. É o que corresponde, respectivamente, às concepções de vinculação negativa e positiva à lei.

A doutrina administrativa clássica brasileira adota a concepção de vinculação positiva à lei, colocando-a como pressuposto de atuação da Administração. José dos Santos Carvalho Filho, filiando-se ao conceito de legalidade exposto por Helly Lopes, pontua que, na teoria do Estado moderno, há duas funções básicas estatais: a de criar a lei (tarefa do Legislativo) e a de executar a lei (tarefa do Judiciário e do Executivo), de modo que apenas seria possível conceber a legitimidade da atividade administrativa se condizente com a lei. Ainda segundo o doutrinador “o princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”²⁴⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis”. Segundo o autor, todos os agentes da Administração, desde o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, devem ser reverentes às disposições fixadas pelo Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro²⁴¹.

Para Afonso Rodrigues Queiroz²⁴², a Administração “é a longa *manus* do legislador – é, em suma, a lei em ato” e a “atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”.

No mesmo sentido, Diógenes Gasparini assevera que a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza, estando impedida de agir se a lei nada dispuser²⁴³.

De acordo com Di Pietro²⁴⁴, o princípio da legalidade, em sua concepção original, assentou-se em duas principais premissas: a) a de que o único poder legítimo é aquele que resulta da vontade geral do povo, sobre o qual não se coloca qualquer outra vontade; b) a de

²³⁹ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 24.

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 71.

²⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 92.

²⁴² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, ago. 1969. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32546/31362>. Acesso em: 02 Abr. 2019.

²⁴³ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32.

²⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago. (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 4-29.

que, à luz do princípio da separação dos poderes, deveria se conferir primazia ao Poder Legislativo, enquanto o Executivo e o Judiciário seriam meros executores das normas postas pelo Legislativo.

Todas essas definições da legalidade correspondem à noção de vinculação positiva à lei – doutrina da *positive bindung* –, segundo a qual, os administradores e servidores, no desempenho da função executiva, devem operar dentro dos estritos limites traçados pelo Legislativo. De acordo com essa concepção, o administrador não passaria de um fiel autômato cumpridor dos mandamentos legais.

A atuação administrativa pautada na legalidade é fruto da concepção de Estado de Direito, que passa a vigorar a partir da Revolução Francesa, durante a luta contra o absolutismo, quando movimentos intelectuais – como o Renascimento, a Reforma e o Iluminismo – começaram a defender a necessidade da submissão do Poder Político ao Direito criado pelo Parlamento²⁴⁵. O objetivo era conter o arbítrio estatal da monarquia, promovendo a participação social na criação da vontade política. Partia-se do pressuposto que a lei expressava a vontade do povo e que, por isso, sendo ela literalmente respeitada, a vontade do povo também estaria sendo respeitada²⁴⁶. Tudo para combater o modelo pretérito, no qual imperava o postulado da irresponsabilidade do monarca (*the king can do no wrong*) e afastava-se o Estado do dever de obediência ao Direito comum, destinado apenas aos súditos.

Segundo o publicista português Paulo Otero, a legalidade – em sua concepção clássica – funda-se em três principais premissas: *i*) a lei passa a ser compreendida como expressão racional emanada da vontade geral; *ii*) o poder encontraria na lei um critério para suas decisões; *iii*) a lei assumiria uma função garantidora das liberdades²⁴⁷.

Nessa ordem de ideias, o Estado de Direito surgiu para submeter o Estado ao Direito que ele próprio produzia, ou seja, a legalidade era vista como uma forma de viabilizar que os próprios administrados definissem a maneira como a Administração se comportaria perante eles. Tudo isso para proteger os particulares das arbitrariedades e dos desmandos outrora frequentemente praticados pelo Poder Público.

²⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 112.

²⁴⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: _____ (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 25.

²⁴⁷ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Editora Almedina, 2007, p. 51.

3.3.1.1. Estabelecimento de uma premissa necessária: aplicar precedente não pressupõe o afastamento da lei

Antes de aprofundar o estudo a respeito da legalidade, importante estabelecer a seguinte premissa: aplicar precedente não pressupõe o afastamento da lei.

A implementação de um sistema de precedentes obrigatórios não conduz a uma superioridade formal do precedente em relação à lei; os precedentes devem conviver harmonicamente com as leis, sem qualquer pretensão de sobreposição. Os precedentes são fontes do Direito que, em sua formação, não desprezam as disposições legais; pelo contrário, os precedentes costumam ser formados a partir das normas legisladas²⁴⁸.

O ordenamento brasileiro, ao incorporar a teoria dos precedentes obrigatórios, não se transformou em *case law* (sistemática em que as normas são extraídas diretamente dos julgados dos tribunais).²⁴⁹ A solução dos problemas jurídicos, no Brasil, tem como ponto de partida, prioritariamente, a lei. O papel dos órgãos jurisdicionais pátrios é (re)construir o ordenamento jurídico, a partir do direito legislado e da Constituição²⁵⁰. O jurista brasileiro, acostumado a raciocinar de forma lógico-dedutiva, ao se deparar com um problema jurídico, leva em consideração, antes de qualquer coisa, o acervo legislativo existente. “O marco regulatório dos direitos e obrigações em nosso país segue sendo a norma legal”²⁵¹.

Deve-se ter em mente que os precedentes apenas entram em cena se os enunciados legislativos, diante de situações concretas, gerarem dúvidas no intérprete a respeito de sua correta aplicação. Quando se lança mão de um precedente como critério de justificação é porque a aplicação da lei, no caso concreto, se mostrou problemática, sendo preciso, em razão disso, buscar algo além do sentido apriorístico dos enunciados legislativos.²⁵² É que a norma estabelecida pela lei é, muitas vezes, dotada de um elevado grau de incerteza (seja quanto aos

²⁴⁸ Embora não se ignore que, quando a lei for tida por inconstitucional, o precedente possa determinar o seu afastamento. De acordo com Hermes Zaneti Júnior, “em todos os casos em que a lei não for inconstitucional, ela deve ser aplicada. Essa não é uma questão de valor, mas de Direito” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p.142).

²⁴⁹ “Nosso sistema jamais deixará de ser de Direito legislado, mas será conjugado com um sistema de precedentes, que por sua vez, criará as normas tão somente a partir das leis” (CRAMER, Ronaldo. ob. cit., p. 81).

²⁵⁰ ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 423.

²⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Sistema brasileiro de precedentes: natureza, eficácia, operacionalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 144

²⁵² LOPES FILHO, Juraci Mourão. O novo código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais...cit., p. 155.

limites de sua hipótese fática, seja quanto ao seu consequente) e, nesses casos, os precedentes judiciais possuem um papel importante na determinação paulatina da norma²⁵³.

Por outro lado, inexistindo maiores controvérsias interpretativas, aplica-se diretamente a lei, sem necessidade de se recorrer aos precedentes²⁵⁴. As disposições legislativas possuem eficácia autônoma, independentemente da existência de um precedente judicial que as venha confirmar. Logo, havendo norma legal com aptidão para funcionar como referencial normativo suficiente, ou seja, quando for possível resolver o conflito mediante uma simples subsunção dos fatos às normas, sem maiores celeumas interpretativas, evidentemente que não será preciso utilizar os precedentes como fator de legitimação, bastando aplicar diretamente a lei²⁵⁵.

Em suma, a aplicação administrativa dos precedentes judiciais não corresponde à preterição da lei. Submeter a Administração à autoridade dos precedentes não é uma forma de legitimar o desrespeito ou a não aplicação das leis. O Poder Público deve sim obediência à lei, mas, em caso de divergência interpretativa, de dúvidas quanto à sua correta aplicação, a interpretação que deve prevalecer é aquela adotada nos precedentes judiciais, o que, repita-se, não implica o afastamento da norma legislada.

Logo, o fundamento de validade do ato administrativo é norma legislada (a lei ou a Constituição²⁵⁶), mas, em caso de divergência interpretativa, ela deverá ser aplicada de acordo com a interpretação definida pelo Judiciário, já que a este Poder a Constituição atribuiu a competência para definir a interpretação jurídica válida das normas.

Dáí parece equivocado dizer que a Administração Pública não tem a incumbência de observar os precedentes, porque deve obediência às fontes legisladas, se uma coisa não exclui a outra.

3.3.1.2. A crise da lei administrativa

A lei, por muito tempo, foi considerada como o único substrato normativo regulador da atuação administrativa²⁵⁷. Entre a segunda metade do século XIX até a Segunda Guerra

²⁵³ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit, p. 228

²⁵⁴ Já nos países de *common law* o ponto de partida para a solução dos problemas jurídicos são prioritariamente os precedentes, ainda que haja referente legal suficiente regulamentando o caso.

²⁵⁵ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*cit., p. 334.

²⁵⁶ A partir do neoconstitucionalismo a constituição passa a servir como norma diretamente habilitadora da conduta estatal, ou seja, o ato administrativo pode encontrar fundamento de validade diretamente em norma constitucional, independentemente da existência de lei regulamentadora.

²⁵⁷ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 186.

Mundial, a lei, na condição de centro de gravidade do Estado de Direito, tinha a incumbência de delimitar inteiramente a atuação administrativa²⁵⁸. Naquela época, assistiu-se ao auge das codificações, verdadeiros monumentos legislativos com pretensão de regular detalhadamente as mais variadas espécies de relações jurídicas. Pregava-se o legicentrismo (a centralidade do Direito nas leis formais) e acreditava-se que o parlamento seria capaz de prever soluções para todos os problemas sociais.

De fato, num ambiente de baixa complexidade social e vagaroso avanço tecnológico, era até mais fácil crer no dogma da completude dos códigos²⁵⁹. Porém, a vida moderna não consegue ser inteiramente regrada por esquemas lógicos pensados abstrata e aprioristicamente²⁶⁰. Não há legislador que consiga antever todas as situações possíveis de se concretizar no mundo dos fatos. A lei é pensada para um certo número de situações, porém a realidade é muito mais diversa e heterogênea. A mera previsão e conhecimento dos textos normativos é insuficiente para gerar um adequado grau de segurança e previsibilidade no Direito.

Nesse passo, o arcabouço legislativo, pura e simplesmente considerado, nunca bastou para resolver todos os problemas do mundo empírico, fazendo cair por terra os mitos liberais da completude do ordenamento jurídico e da autossuficiência das leis.

Aliás, o próprio legislador, dando-se conta da complexidade das relações sociais e da sua incapacidade de prever abstratamente todas as possibilidades de conflito, vem, cada vez mais, utilizando a técnica legislativa das cláusulas gerais (que se contrapõe à técnica legislativa casuística). As cláusulas gerais são textos normativos cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado²⁶¹. A utilização dessa técnica vem crescendo justamente porque o extenso campo semântico das cláusulas gerais possibilita uma constante abertura do sistema jurídico a valores ainda não

²⁵⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 203-220, p. 205.

²⁵⁹ FONTE, Felipe de Melo. *Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito administrativo através do princípio da juridicidade*. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_046_Felipe_de_Melo_Fonte_06072009-20h15m.pdf Acesso em 20 de jul. de 2018.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’”. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7 Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf>. Acesso em 23 jan. 2019.

²⁶¹ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

protegidos legislativamente,²⁶² permitindo que a legislação evolua e se adeque a novos paradigmas²⁶³.

De acordo com Ovídio Baptista da Silva²⁶⁴, devemos deixar para a história o modelo jurídico em que a segurança estava depositada exclusivamente na lei. O fato é que a lei, há muito, não é mais vista como expressão da vontade geral, nem como o principal reitor do padrão de comportamento estatal: é o “fracasso da lei formal como projeto jurídico-político”²⁶⁵. Nas palavras de Patrícia Ferreira Bapstista²⁶⁶, “foram-se os dias de louvor aos grandes códigos, obras-primas de rigor técnico-formal, pilares da certeza do Direito”. O positivismo legalista, que conduziu a uma quase divinização da lei, sucumbiu²⁶⁷.

A perda da importância do Poder Legislativo ocorreu de forma pulverizada, sendo mais perceptível, porém, em Estados ligados à tradição jurídica romano-germânica, nos quais sempre se reservou à lei escrita o papel de protagonista no sistema de fontes²⁶⁸. Vive-se um momento de descodificação no mundo do *civil law*: os códigos, antes tidos como veículos de certeza e completude, perdem a sua pretensão de regulamentação exaustiva do Direito e passam a conviver, lado a lado, com outras espécies normativas, especialmente os precedentes.

Ademais, importante que se diga que a crise da lei se deu de forma generalizada, atingindo a legalidade como parâmetro de conduta tanto do Estado, como dos particulares. Contudo, o que importa para o presente trabalho é analisar, particularmente, o fracasso da legalidade sob a ótica das relações jurídico-administrativas.

²⁶² DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

²⁶³ A linguagem de tessitura aberta, por sua vez, dificulta bastante a previsibilidade dos efeitos dos atos jurídicos, considerando que, na maioria das vezes, a simples leitura dos textos legislados, impregnados de expressões vagas e genéricas, não fornece qualquer resposta para os problemas jurídicos. Uma das consequências dessa imprecisão textual é a significativa ampliação da atividade do intérprete, que passa a ser o responsável pela atribuição do sentido do Direito.

²⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105.

²⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 171.

²⁶⁶ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito administrativo brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006, p. 15.

²⁶⁷ OTERO, Paulo. ob. cit., p. 152-158.

²⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 132.

Diversos fatores contribuíram para a erosão da “lei formal”²⁶⁹. Serão analisados aqui alguns deles, com base na lição de Gustavo Binenbojm, para quem é possível apontar cinco razões para a crise da lei: *i)* o fenômeno da inflação legislativa; *ii)* a constatação de que a lei pode ser fundamento para injustiça e barbárie; *iii)* a ascendência do constitucionalismo; *iv)* a atuação da Administração Pública fundada em outros atos normativos infraconstitucionais diversos da lei formal; *v)* o controle do processo legislativo pelo Executivo.

O primeiro fator é a “inflação legislativa”. Não há como negar que uma sociedade inflacionada normativamente, como é o caso da brasileira, banaliza as leis e não nutre por elas o sentimento de respeito e autoridade, até mesmo porque é praticamente impossível o conhecimento pleno de todo o arcabouço legal existente²⁷⁰. “Com isso, é instalada uma crise de informação jurídica, dificultando o acesso às possibilidades do Direito positivo tanto para os leigos como para os próprios especialistas do Direito”²⁷¹. De acordo com Eros Roberto Grau, a proliferação desmedida dos diplomas legislativos “coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento”²⁷². Com a inflação legislativa, a lei, inevitavelmente, “perde a sua majestade”²⁷³.

A segunda razão diz respeito à constatação histórica de que a lei pode servir a projetos totalitários, legitimando o cometimento de injustiças e verdadeiras atrocidades, a exemplo das práticas nazi-fascistas ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, ocasião na qual a bandeira do “estrito cumprimento do dever legal” foi utilizada por criminosos de guerra. A velha concepção rousseauiana de que toda a lei, dotada de generalidade e abstração, é válida²⁷⁴, independentemente do seu conteúdo, é desmistificada. Ficou claro que a lei, não só é insuficiente para trazer justiça e liberdade, como também pode ser o veículo para a injustiça e falta de liberdade²⁷⁵. A presunção de que as leis exprimem necessariamente os mandamentos

²⁶⁹ É ato do parlamento por excelência. Já a lei material é todo ato normativo estatal geral e abstrato que não seja a lei formal. A lei em sentido formal é que está em crise, enquanto outras fontes normativas vão ganhando o espaço deixado pela lei, cf: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual. Gustavo Binenbojm. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.

²⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito administrativo...*cit, p. 134.

²⁷¹ PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na superação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife, 2015, p. 28

²⁷² GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 42.

²⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

²⁷⁴ Nesta ótica, a lei “não é senão o registro da vontade de cada cidadão que participou de sua feitura, e ninguém é injusto consigo próprio” (PIÇARRA, Nuno. *O princípio da Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989, p. 131).

²⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 135.

da razão, a partir desse momento, cai por terra. “Com os horrores presenciados no século XX, todos aprenderam que o legislador não é digno de total confiança”²⁷⁶.

O terceiro fator é o advento do constitucionalismo, fenômeno este que promoveu a supremacia do texto constitucional, impedindo que as maiorias ocasionais dominassem o cenário político. A partir da segunda metade do século XX, o Estado de Direito passa a ter como alicerce e referência a Constituição²⁷⁷. Com o constitucionalismo, a lei deixa de ser a principal forma de manifestação da vontade geral para ceder espaço à Constituição, que ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento; a principiologia constitucional passa a nortear todos os ramos jurídicos, orientando a atividade hermenêutica. É a chamada “constitucionalização do Direito”.

A propósito, de acordo com Leonardo Carneiro da Cunha²⁷⁸:

O reconhecimento dessa força normativa da Constituição, juntamente com a nova hermenêutica constitucional e com a ampliação da jurisdição constitucional, são os três elementos que viabilizaram a constitucionalização do Direito, entendida como um fenômeno de expansão da aplicabilidade das normas constitucionais, cujo conteúdo axiológico se irradia, com força normativa, sobre todo o sistema jurídico. Os princípios constitucionais passam a condicionar a validade e o sentido de todo o ordenamento.

Segundo Paulo Otero, “as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os atos infraconstitucionais”²⁷⁹.

A ascendência da Constituição sobre o Direito ensejou uma significativa mudança de paradigma especialmente no Direito Administrativo, ramo no qual a Constituição passou a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa: ao administrador foi conferida a possibilidade de considerar a Constituição como critério imediato de tomada de decisões. Com isso, a Constituição passa a ser referencial normativo imediato de atuação administrativa e o critério aferidor da legitimidade dos atos administrativos²⁸⁰. Tal como afirma Canotilho, “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”²⁸¹. De acordo com Paulo Bonavides, “se o velho Estado de Direito do

²⁷⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. Disponível em: https://www.academia.edu/12156382/A_Lei_no_Estado_contempor%C3%A2neo. Acesso em 01 jun. 2019.

²⁷⁷ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 203-220, p. 205.

²⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

²⁷⁹ OTERO, Paulo. ob. cit., p. 741.

²⁸⁰ OTERO, Paulo. ob. cit., p. 740.

²⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição”²⁸².

O quarto fator, apontado por Binbenojm, “decorre do fato de assistir-se atualmente à criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de fundamento à atuação administrativa.”²⁸³ A Administração é, cada vez mais, possuidora de autonomia normativa e fonte de normas autônomas, indo muito além da figura de simples executora de normas heterônomas. Esse movimento de deslegalização “é um dos mais claros sinais da erosão da lei formal como condição da atuação administrativa”²⁸⁴⁻²⁸⁵.

A última razão corresponde ao controle do Legislativo pelo Executivo. É indiscutível a força e a presença do Poder Executivo no arranjo institucional dos poderes²⁸⁶. Quando o Executivo não dispõe da atribuição legislativa que necessita para governar segundo seus interesses políticos, ele busca alternativas para controlar o processo legislativo, o que pode ser feito por meios legítimos ou não²⁸⁷. Binbenojm explica que, no Brasil, esse controle pode ser observado nitidamente em três situações específicas: *i*) a possibilidade de trancamento da pauta do Congresso Nacional (art. 64, §1º e 2º e art. 62, §6º, CF/88); *ii*) a reserva de iniciativa de leis de matérias relevantes ao Executivo; *iii*) a formação de bases governamentais no Congresso Nacional, capazes de aprovar quaisquer projetos legislativos de interesse político governista.

A propósito, Clèmerson Merlin Clève esclarece que a participação ativa do Executivo no processo legislativo é um fenômeno universal, porquanto diversas Constituições atribuem ao Executivo a atribuição para a iniciativa de lei e, quando não há previsão formal, ele atua indiretamente²⁸⁸.

Todos esses fatores contribuíram para a perda do prestígio da lei, enquanto epicentro do sistema jurídico, o que corresponde ao declínio do legiscentrismo e, em consequência, do princípio da legalidade²⁸⁹.

²⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 362.

²⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito administrativo...cit.*, p. 138.

²⁸⁴ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 99.

²⁸⁵ Esse fenômeno da “delegação legislativa” será retomado mais adiante, no tópico “o amplo poder normativo do Executivo”.

²⁸⁶ “A legalidade administrativa vinculativa da Administração Pública é, cada vez mais, o simples produto da vontade política do Executivo que é imposta ao parlamento pela sua maioria partidária ou, em alternativa, é emanada pelo próprio Executivo no exercício de poderes legislativos” (OTERO, Paulo. Ob. cit., p. 146).

²⁸⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 99.

²⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, n.p.

²⁸⁹ FONTE, Felipe de Melo. *Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito administrativo através do princípio da juridicidade*. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp->

3.3.1.3. A ilusão da legalidade como mecanismo de heterovinculação desde a gênese do Direito Administrativo

Como bem ensina Paulo Otero, é necessário “refletir sobre a veracidade de certos dogmas clássicos relativos à legalidade administrativa que se vão transmitindo de modo mecânico aos juristas de geração em geração”²⁹⁰. Segundo o publicista português, a subordinação do poder político à vontade heterônoma do legislador não chegou a se concretizar nem mesmo na gênese do Direito Administrativo, já que diversos mecanismos de autovinculação continuaram, na prática, a se perpetuar, ou seja, o Executivo nunca deixou de se autorregular, sendo ilusória a ideia de heterovinculação pela legalidade.

Isso não quer dizer, evidentemente, que a legalidade tenha sido inútil no que toca à limitação do poder estatal. Não se tem dúvidas de que, a partir da legalidade, o poder estatal passou a ser exercido de forma limitada e não-absoluta; o problema é que tal limitação se deu em termos bem distantes do que havia sido propagado pelos ideais liberais.

Paulo Otero aponta dois equívocos no surgimento do Direito Administrativo.

O primeiro diz respeito à incoerência de admitir a criação do Direito Administrativo por um órgão do próprio Executivo, o Conselho de Estado francês, órgão que possuía um ativismo normativo totalmente incompatível com a idealizada concepção de aplicação mecanicista da lei.

O segundo equívoco corresponderia à denominada “ilusão garantística da gênese do direito administrativo”, a qual consiste na reprodução acrítica, repetida por sucessivas gerações, da ideia de que a legalidade administrativa teria tornado o Executivo subordinado à vontade do Parlamento.

O autor alerta, ainda, que a invocação do princípio da separação dos poderes não passou de um simples pretexto para que a Administração Pública ficasse imune ao controle do Judiciário, já que o Executivo acabava criando suas próprias regras, apartando-se do direito comum e do julgamento pelos tribunais judiciais.

No mesmo sentido, Gustavo Binbenbim argumenta que “o surgimento do direito administrativo, e de suas categorias peculiares, representou antes uma forma de reprodução e

sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”²⁹¹. Para ele, a criação do Direito Administrativo pelo Conselho de Estado subvertia dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o da separação dos poderes.

Tudo isso demonstra que, em verdade, a pretendida subordinação do ofício administrativo à vontade heterônoma do legislador não chegou a se concretizar nem mesmo na criação do princípio da legalidade, o que, evidentemente, compromete a sua própria essência.

3.3.1.4. O amplo poder normativo do Executivo

A concepção do princípio da legalidade atrelado ao período liberal e ao chamado “Estado Mínimo” sofreu grande impacto na passagem para o “Estado Social”²⁹² (modelo que passou a predominar nos países ocidentais a partir da segunda metade do século XX), quando o Estado deixou de ser um espectador para ocupar a posição de protagonista na concretização dos direitos fundamentais e na satisfação das necessidades sociais, assumindo novas demandas e responsabilidades perante à sociedade.

Porém, se no Estado Liberal, orientado pelo princípio da intervenção mínima, já não era possível a realização da legalidade nos moldes em que idealmente formulada, muito menos seria no Estado-providência, quando o Estado, ao assumir o papel de agente promotor do bem-estar social, experimentou um significativo acréscimo em suas funções²⁹³. Ainda que o legislador tenha tentado acompanhar esse movimento de expansão estatal, a proliferação de diplomas legais nunca foi o suficiente.

Embora o modelo de Estado-providência, em muitas nações, tenha cedido espaço ao modelo neoliberal, o fato é que, no Estado contemporâneo, a dinamicidade e sofisticação das relações sociais e econômicas reclamam uma intervenção estatal mais ágil e dinâmica, incompatível com a lentidão e generalidade do processo legislativo²⁹⁴. “Mesmo com a inflação na produção legislativa, o Estado não consegue acompanhar a dinamicidade da sociedade. A tecnologia e as relações sociais continuam a avançar rapidamente e os textos

²⁹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...cit.*, p. 16.

²⁹² O Estado-providência, protagonista e responsável por transformações sociais, consolidou-se, no Brasil, a partir da CF/88, de feição marcadamente dirigente.

²⁹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo... cit.* p. 138.

²⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...cit.*, p. 139.

normativos já nascem desatualizados”²⁹⁵. Dito de outro modo, “a lei em sentido estrito não alcança as vicissitudes e complexidades da atuação administrativa do nosso tempo”²⁹⁶.

Com isso, ganha força o fenômeno da “delegação legislativa”, que corresponde à transferência das competências legislativas para o âmbito interno da própria Administração, que passa a ser responsável pela edição de normas primárias com aptidão para vincular diretamente os indivíduos. Atualmente, uma série de atos normativos infraconstitucionais, diversos da lei propriamente dita, podem servir de fundamento para a atuação administrativa, porquanto a lei não é, e nem pode ser, o único instrumento normativo com aptidão para legitimar a atuação administrativa.

A demora na produção legislativa e a necessidade de agilidade para resolver problemas ampliaram significativamente a atuação do Executivo no espaço normativo do Estado contemporâneo²⁹⁷. A Administração é, cada vez mais, fonte de normas autônomas, indo muito além da figura de simples executora de normas heterônomas. Isso, inevitavelmente, resulta no agigantamento do Executivo e, em contrapartida, no declínio da capacidade normativa do Parlamento²⁹⁸.

A propósito, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que, em quase todos os Estados contemporâneos, o Executivo, ostensiva ou disfarçadamente, pode legislar, editando atos com força de lei²⁹⁹.

No Brasil não é diferente. A atividade do Executivo brasileiro não está vinculada apenas à lei em sentido estrito, mas também a outras normas produzidas pela própria Administração³⁰⁰. O Poder Executivo brasileiro atua, ostensivamente, no cenário político por meio de diversos instrumentos, tais como decretos (autônomos e regulamentares), medidas provisórias e leis delegadas.

Um exemplo emblemático que demonstra bem o amplo poder normativo do Executivo no ordenamento pátrio diz respeito à regulamentação do pregão eletrônico pelo Decreto 5.450/2005. Cuida-se de um instrumento normativo infralegal, editado pela Chefia do Poder

²⁹⁵ PEIXOTO, Ravi. ob. cit., p.12.

²⁹⁶ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 188.

²⁹⁷ “No processo legislativo contemporâneo o Executivo ocupa posição de destaque, impulsionando o trabalho parlamentar ou surgindo como o próprio legislador” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.).

²⁹⁸ Kelsen já alertava “a maioria das constituições que suspostamente incorporam o princípio da separação de poderes autoriza o chefe do departamento executivo a decretar normas federais no lugar do legislativo” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 212).

²⁹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ob. cit., p. 123.

Executivo, regulamentando o procedimento mais utilizado pela Administração Pública Federal na aquisição de bens e serviços comuns.

Nessa ordem de considerações, os Parlamentos modernos enfrentam o declínio de sua capacidade normativa, não apenas pela ascensão do constitucionalismo, mas também pelo crescimento da participação do Executivo no cenário político, seja propondo a edição de leis³⁰¹, seja editando atos primários com força de lei. Tudo isso acaba limitando o papel do Legislativo como órgão normatizador por excelência, esvaziando a importância da lei formal como ato essencialmente criado para parametrizar a atuação do Estado³⁰².

Em sendo assim, se o Executivo encontra amplo espaço normativo para se autorregular, não tem sentido defender que a lei é a única ferramenta legítima de orientação da atividade estatal.

3.3.1.5. O amplo espaço de discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa consiste em um elemento essencial para que a Administração possa atuar com maior eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das reivindicações sociais³⁰³. Nesse passo, Andreas Krell afirma “há razões de ordem material para existência da discricionariedade”³⁰⁴.

A concepção de Estado de Direito, atrelada aos movimentos liberais da Revolução Francesa, pareciam contrastar com a possibilidade de conferir poderes discricionários ao Estado, já que a discricionariedade administrativa era vista como um resquício de arbitrariedade monárquica³⁰⁵. Todavia, essa correlação entre discricionariedade e arbitrariedade não passa de uma compreensão equivocada, já que o arbítrio só se faz presente diante de uma discricionariedade ilimitada.

Como bem alerta Gustavo Binbenojm, não se pode deixar de dizer que, desde o século XIX, é possível identificar uma crescente tentativa de parametrização jurídica da atividade discricionária, no intuito de legitimá-la dentro de parâmetros estabelecidos no

³⁰¹ Basta observarmos a quantidade de matérias com iniciativa de lei reservadas ao executivo na CF/88.

³⁰² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...*cit., p. 140.

³⁰³ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, n. 145, São Paulo, jan./mar. 1989, p. 34-54, p. 38.

³⁰⁴ KRELL, Andreas ob. cit., p. 180

³⁰⁵ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 8, dez. 2004, p. 180.

ordenamento³⁰⁶. A ideia é que a discricionariedade deixe de ser encarada como um espaço decisório puramente subjetivo.

A propósito, Di Pietro esclarece que a discricionariedade deixa de ser compreendida como um campo externo ao Direito para passar a ser encarada como um “poder jurídico”³⁰⁷. A administrativista conceitua a discricionariedade como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”³⁰⁸.

Atrelando o exercício legítimo da discricionariedade ao respeito do “direito fundamental à boa administração pública”, Juarez Freitas diz ser a discricionariedade administrativa:

A competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas validadas, coerentes e consistentes de sustentabilidade, conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública³⁰⁹.

A margem de liberdade conferida pela lei que resulta da discricionariedade decorre, sobretudo, do fato de o administrador estar mais próximo da realidade social do que o legislador. No efetivo desempenho das suas competências, na concretização das suas atribuições constitucionais, a autoridade administrativa tem melhores condições de verificar o que mais satisfaz o interesse público. Atento a isso, o legislador outorga-lhe o poder de, na situação concreta, adotar a postura que melhor atenda a finalidade perseguida pela lei³¹⁰.

Além disso, diante da absoluta impossibilidade de a lei prever, antecipadamente, todas as situações que podem ser vivenciadas na prática administrativa, a discricionariedade surge como uma eficaz alternativa para permitir que a Administração possa agir mesmo nos casos em que a lei não regular integralmente todos os elementos do ato administrativo.

As leis que veiculam hipóteses de discricionariedade administrativa geralmente preveem as metas a serem alcançadas, sem especificar o caminho a ser seguido, reduzindo o grau de vinculação e ampliando o leque de opções e disponibilidades para os governos e órgãos administrativos responsáveis por implementar essas leis³¹¹.

³⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...cit.*, p. 212.

³⁰⁷ *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 45.

³⁰⁸ *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40.

³⁰⁹ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2014, p. 24.

³¹⁰ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 286.

³¹¹ KRELL, Andreas J. *ob. cit.*, p. 180.

Em outras palavras, a discricionariedade administrativa é o resultado de uma “abertura normativa”, através da qual o legislador concede ao Executivo certa margem de liberdade para constituir o Direito no caso concreto. Com a discricionariedade, confere-se à Administração um espaço de livre decisão, de responsabilidade própria, para avaliação de questões técnicas, políticas, econômicas ou valorativas³¹².

Nesse panorama, dada a multiplicidade de situações que reclamam a atuação do Poder Público, aliada à incapacidade legislativa de regulamentação exaustiva de todos os casos possíveis de ocorrerem na prática, é possível afirmar que o administrador age mais no espaço da discricionariedade do que no da estrita legalidade. Dificilmente uma atuação administrativa consegue ser “plenamente vinculada”³¹³. Ou seja, pode-se dizer que porção substancial do agir administrativo não está adstrita aos contornos legais³¹⁴.

Tal constatação reforça a tese de autovinculação do Executivo e demonstra a incoerência que é utilizar a ideia de legalidade estrita para obstaculizar a aplicação dos precedentes judiciais na fase administrativa.

3.3.1.6. A autovinculação do Executivo e a inutilidade da legalidade como entrave

Toda a argumentação exposta nos tópicos anteriores, demonstra que a Administração age, e sempre agiu, por vontade própria. Quando ao Executivo não é dada a atribuição normativa de que necessita para governar, na prática, ele acaba controlando o processo legislativo³¹⁵. Com isso, pode-se afirmar que o Direito Administrativo contemporâneo é, em boa parte, fruto da competência normativa direta do Executivo ou de leis aprovadas conforme o interesse deste poder. Ou seja, a Administração detém o controle dos instrumentos da sua própria vinculação³¹⁶. Acrescente-se, ainda, o fato de o Executivo agir mais no espaço da discricionariedade do que no da legalidade estrita.

Nessa ordem de considerações, se o Executivo, na prática, apenas se submete ao regramento que é do seu interesse, ou seja, se o Executivo, na realidade, se autovincula, é no mínimo incoerente impedir a vinculação da Administração aos precedentes judiciais, sob o

³¹² KRELL, Andreas J. ob. cit., p. 180

³¹³ De acordo com Andras Krell, defender a necessidade de “atos administrativos plenamente vinculados” remonta os equívocos da Escola da Exegese (KRELL, Andreas J. ob. cit., p. 185).

³¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...cit.*, p. 209.

³¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 140.

³¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo...cit.*, p. 141.

argumento (ultrapassado) de que a lei formal é o único instrumento capaz de orientar a atuação estatal. Aliás, é muito mais razoável que o Estado utilize como parâmetro de atuação as “normas judiciais” do que suas próprias regras, criadas muitas vezes para satisfazer seus interesses de viés político, partidário e econômico.

Ademais, não se pode perder de vista que a legalidade foi pensada e estruturada como mecanismo de proteção do indivíduo em face do Poder Público. Como já estudado, as bases filosóficas que impulsionaram a criação da legalidade decorreram da preocupação da sociedade com as arbitrariedades estatais frequentemente cometidas por governos arbitrários e centralizadores. O pensamento iluminista, que fomentou a criação da legalidade como parâmetro de atuação estatal, serviu para fazer frente a um Estado despótico e centralizado; as soluções liberais nada mais eram do que uma reação ao regime absolutista.

Dessa forma, os fundamentos que deram o alicerce ao surgimento da legalidade foram cunhados na vigência de outra Teoria do Direito. O Estado que serviu de inspiração para as reflexões liberais não existe mais há bastante tempo.

Não se pode ignorar que a aplicação cega de um princípio, surgido em outro contexto e pensado para resolver outros problemas, pode, na prática, consistir em denegação de justiça³¹⁷, razão pela qual o princípio da legalidade precisa ser trabalhado de acordo com a realidade contemporânea de sua época³¹⁸.

Além disso, se a legalidade surgiu como instrumento de proteção da sociedade frente às ações estatais desautorizadas, não faz sentido que, no contexto atual, ela seja usada em favor do Estado para impedir o reconhecimento administrativo de direitos que já tenham sido amplamente reconhecidos pelo Judiciário. Em outros termos, se a legalidade possui nítida feição garantística, não há lógica desvirtuá-la, em sua essência, permitindo que ela seja utilizada contra aqueles a quem deveria proteger.

Nesse sentido, a legalidade não pode mais ser encarada em sua abordagem clássica, segundo a máxima de que só seria permitido à Administração Pública atuar dentro daquilo que a lei formal prescreve. A ideia de vinculação positiva à lei necessita ser revisitada, à luz das diretrizes impostas pela atual ordem constitucional.

³¹⁷ FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito administrativo através do princípio da juridicidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Ano 4, nº 13, janeiro a março de 2009. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_046_Felipe_de_Melo_Fonte_06072009-20h15m.pdf. Acesso em 20 de jul. de 2018.

³¹⁸ COUTINHO, Luís Felipe de Azeredo. O princípio da legalidade na Administração Pública contemporânea. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10150. Acesso em abr. 2019.

3.3.1.7. A busca por um novo paradigma de atuação estatal: da legalidade à juridicidade

Como já examinado, é inquestionável a insuficiência da legalidade como parâmetro de atuação estatal, o seu déficit de operatividade e a sua incapacidade para lidar com todas as demandas de uma sociedade hipercomplexa³¹⁹. Apesar disso, não se questiona a necessidade de balizas de direcionamento para orientar o agir administrativo; aqueles que agem em nome do Estado precisam guiar-se por alguma espécie de normatividade geral e abstrata que forneça os parâmetros necessários.

O que se busca é a construção de uma compreensão da legalidade que se coadune com a noção contemporânea de sistema jurídico (incompatível com a ideia de um sistema fechado composto apenas de regras)³²⁰⁻³²¹. Novos questionamentos e novas demandas reclamam um novo paradigma de atuação estatal³²².

Nessa conjuntura, o princípio da legalidade começou a ser tratado pela doutrina de forma mais abrangente, ampla, distanciando-se de sua concepção original, até desembocar na noção de juridicidade, que surgiu como alternativa à legalidade estrita. A juridicidade representa a legalidade remodelada, ampliada, ela se relaciona ao ordenamento jurídico na sua integralidade, ao Direito como um todo, à totalidade sistêmica do ordenamento jurídico³²³.

Nesse sentido, a lei passa a compor apenas uma parte do princípio da juridicidade³²⁴, ou seja, a legalidade fica reduzida a um dos elementos da juridicidade³²⁵. A lei passa a constituir *uma fração* da estrutura jurídico-normativa do Direito³²⁶.

³¹⁹ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 190.

³²⁰ SILVA, Matheus Teixeira da. Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V. 2, n. 22, jul/dez. 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/352>. Acesso em 02 fev. 2019.

³²¹ “o Direito Positivo é aberto, vale dizer, a ideia de um suposto conjunto autossuficiente de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010).

³²² FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito administrativo através do princípio da juridicidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Ano 4, n° 13, janeiro a março de 2009. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_046_Felipe_de_Melo_Fonte_06072009-20h15m.pdf Acesso em 20 de jul. de 2018.

³²³ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. *Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 199

³²⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 203-220, p. 214.

³²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo...cit.*, p. 85.

Na mesma linha, Paulo Otero defende que “a legalidade administrativa passa a integrar-se no contexto de um sistema policêntrico de fontes de Direito”³²⁷.

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto³²⁸, o Estado de legalidade formal, no qual imperava a noção de legalidade estrita e uma atuação administrativa mecanizada, cede lugar ao Estado Pós-Moderno, em que a submissão estatal se dá com relação ao Direito, e não apenas à lei, passando-se a falar, portanto, em legitimidade ou juridicidade da Administração. “Tem-se, assim, uma Administração Pública integrante do modelo que se convencionou denominar de pós-positivista”³²⁹.

Odete Medauar³³⁰ alerta a respeito da defasagem do princípio da legalidade, vinculado à separação de poderes e à oposição às práticas do período absolutista, ensinando que, atualmente, a noção de legalidade não está assentada somente no ato legislativo, mas também nos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento jurídico. Ressalta que isso não significa que tenha havido uma erosão total da legalidade na sua função de garantia de direitos, porém o princípio da legalidade, segundo a doutrinadora, não retrata mais a relação lei-ato administrativo, mas sim a dimensão global, ordenamento-Administração.

Embora ainda existam importantes doutrinadores que defendem uma atuação administrativa embasada exclusivamente na letra da lei³³¹, pode-se afirmar que o princípio da legalidade, hoje remodelado, significa que o Estado deve decidir de acordo com o sistema jurídico, ainda que a interpretação final a ser seguida se afaste da literalidade do texto legal. É que a “pluralidade de fontes no Direito administrativo” permite que o comportamento estatal seja guiado por variadas espécies de normatividade.

A propósito, a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal, está em consonância com o parâmetro da juridicidade, porquanto, em seu art. 2º, I, dispõe que a Administração atuará em conformidade com a “lei e o Direito”. Tal previsão legal confere ao Poder Público uma oportunidade de se livrar das amarras da legalidade estrita e proporcionar

³²⁶ SILVA, Matheus Teixeira da. Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V. 2, n. 22, jul/dez. 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/352>. Acesso em 02 fev. 2019.

³²⁷ OTERO, Paulo. ob. cit., p. 148.

³²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 28.

³²⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo...cit.*, p. 215.

³³⁰ MEDAUAR, Odete. Ob. cit., p. 56.

³³¹ Nesse sentido se posicionam, por exemplo: MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 98; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ob. cit., p. 71; GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo...ob. cit.*, p. 32.

à sociedade decisões administrativas mais coerentes e razoáveis³³², que prezem pela integridade do ordenamento jurídico.

Essencial destacar que a releitura da legalidade e a adoção da juridicidade como parâmetro não é algo meramente conceitual, mas implica uma significativa e profunda mudança paradigmática na forma de atuar da Administração³³³, que passa a adotar como referencial os mais diversos atos normativos.

Enfim, a complexidade do sistema jurídico contemporâneo reclama a adequação do princípio da legalidade administrativa. E, a juridicidade retrata, justamente, essa adequação.

3.3.1.8. A inclusão dos precedentes judiciais no conteúdo da “juridicidade administrativa”

A grande questão que se coloca é identificar as espécies de normatividade que podem compor a “juridicidade administrativa”, ou seja, faz-se necessário delimitar o alcance a ser dado ao termo “juridicidade”, identificando as fontes de Direito que podem servir de substrato normativo para o comportamento estatal. É que a possibilidade de transcendência da eficácia dos precedentes para a fase administrativa passa, necessariamente, pela definição dos contornos da juridicidade administrativa, da identificação do seu conteúdo.

Se a juridicidade leva em conta o ordenamento jurídico em sua integralidade e se os precedentes vinculantes, atualmente, são considerados, no Direito brasileiro, fonte primária, não há por que deixar de considerá-los no sistema de fontes normativas que regulam a atuação administrativa. Em outras palavras, a adoção da concepção juridicidade administrativa, aliada à institucionalização do sistema de precedentes obrigatórios, leva à conclusão de que o Estado deve pautar seu comportamento inclusive nos precedentes, como fontes do Direito que são.

Os precedentes judiciais não podem ser colocados como uma estrutura normativa apartada, de aplicação restrita ao Judiciário, sob pena de admitir-se um sistema absolutamente incoerente e desigual. O sistema de fontes é único e deve ser revestido de autoridade perante todos os agentes aplicadores. A pluralidade de fontes normativas não deve comprometer a

³³² SALES, Caio Lucio Monteiro. Juridicidade administrativa: aurora de um novo caminho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13583. Acesso em abr 2019.

³³³ MELLO, Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira; XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Por uma Procuradoria Geral do Estado de Resultados: Da Necessidade de Repensar Modelos Tradicionais de atuação na Busca da Eficiência. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2013/Direito_do_Estado_em_Debate_para_Distribuicao_Web_parte_002.pdf. Acesso em 01 de set de 2018.

integridade, a coerência e a unidade do sistema. Decorram as normas da lei ou de precedente, elas integram o mesmo ordenamento e, por isso, devem ser observadas em conjunto e coordenação³³⁴. As múltiplas regras de um sistema jurídico precisam fazer sentido quando consideradas em um conjunto. Decidir em conformidade com o Direito é observar toda a sua complexidade normativa, incluindo os precedentes.

Logo, os precedentes vinculantes, atualmente, possuem aptidão normativa para integrar a estrutura da “juridicidade administrativa” e, em consequência, servir como vetor de orientação estatal. Ao incluir os precedentes vinculantes no conteúdo da juridicidade, vai-se além dos contornos até então empregados pela doutrina administrativista clássica, a qual, apesar de pregar o abandono da concepção da legalidade estrita, costuma delimitar o alcance da noção de “juridicidade” aos atos normativos expedidos no exercício da função legislativa, tais como medidas provisórias, regulamentos, leis delegadas, etc.

Nesse panorama, a superação da noção de legalidade estrita e a redefinição do alcance da “juridicidade”, como parâmetro de atuação estatal, são determinantes para que se possa concluir pela possibilidade da vinculação administrativa aos precedentes judiciais, a partir da institucionalização da teoria dos precedentes obrigatórios no ordenamento pátrio.

3.3.2. O princípio da separação dos poderes

Além da legalidade, outro obstáculo posto à frente da possibilidade de aplicação dos precedentes na seara administrativa é a tripartição dos poderes, que, inclusive, fundamenta, em grande medida, a tese da inconstitucionalidade do próprio sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC³³⁵⁻³³⁶.

Se a vinculação dos órgãos jurisdicionais aos precedentes que eles próprios criam já é problemática - não obstante haja todo um aparato legal que lhe dê sustentação - obviamente que se revela muito mais tormentosa a possibilidade de vinculação de outro poder. Nesta última hipótese, além da questão da ausência de previsão normativa expressa, ainda estamos

³³⁴ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 201.

³³⁵ Segundo a corrente doutrinária que advoga a tese da inconstitucionalidade do sistema de precedentes obrigatórios, o Judiciário, ao firmar precedentes com força vinculante, estaria agindo como se legislador positivo fosse. Nesse sentido: ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judícia*. São Paulo: RT, 2014, p. 392. BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 538. TUCCI, José Rogério Cruz e. O regime do precedente judicial no novo CPC. In: Fredie Didier Jr. *et. al. (coord.). Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 454. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.837.

³³⁶ Inclusive, segundo Lucas Buri, a sobrevivência da sistemática de precedentes no ordenamento brasileiro está ameaçada, diante da inconstitucionalidade apontada por parte da doutrina, cf: MACÊDO, Ob. cit, p. 192.

diante de uma questão que envolve, aparentemente, a submissão de um poder (Executivo) a outro (Judiciário).

O princípio da separação dos poderes, assim como o da legalidade, também é fruto da Revolução Francesa. Naquele momento histórico, a burguesia, insatisfeita com o abuso do clero e da nobreza, e inspirada pelos ideais de Hobbes, Rosseau e Montesquieu, passou a defender a divisão do poder em três funções, atribuídas a três órgãos distintos: Legislativo, Executivo e Judiciário³³⁷.

A separação dos poderes, em sua visão clássica, conferia nítida primazia ao Poder Legislativo, ao qual caberia criar o ordenamento jurídico, enquanto o Executivo e o Judiciário, na condição de aplicadores do Direito, seriam meros executores das normas postas pelo Legislativo³³⁸. A lei era executada, jamais interpretada. O Estado liberal clássico tinha como um dos seus principais objetivos submeter o próprio Estado (Executivo) ao Direito e delimitar rigidamente a atividade do Judiciário, proibindo-o de interpretar e submetendo-o à supremacia do Parlamento, ao qual caberia criar leis claras e completas. É que, na França pós-revolucionária, havia um verdadeiro temor em relação à figura do monarca e uma fundada desconfiança no trabalho dos magistrados, já que estes, no Antigo Regime, manipulavam a legislação para atribuir-lhe uma interpretação que melhor atendesse aos interesses da aristocracia feudal e da monarquia. Por essa razão, o Parlamento avocou exclusivamente para si a competência de criar o Direito, de modo que as atividades executiva e judiciária deveriam corresponder à mera declaração da lei³³⁹.

Já no Direito inglês, berço do *common law*, não havia motivos para desconfiar do Judiciário. Pelo contrário, naquele ordenamento os juízes não só representaram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo frente ao monarca, como ainda desempenharam papel importante para a superação do feudalismo³⁴⁰. Não houve necessidade de negar-se natureza das coisas, fomentando a ilusão de que os juízes seriam meros seres autômatos na aplicação da lei; lá, naturalmente, se aceitou que a segurança jurídica teria de ser buscada em outro lugar. Foi, nesse contexto, que o *stare decisis* surgiu como instrumento capaz de garantir a segurança e a previsibilidade do Direito. Enquanto a doutrina do *civil law*

³³⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. ob. cit., p. 25.

³³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade... cit.*, p. 4-29.

³³⁹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33.

³⁴⁰ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro...cit.*, p. 36.

supunha que a sistematicidade da legislação era a garantia de segurança jurídica³⁴¹, o *common law* contou com força vinculante dos precedentes para tal finalidade³⁴². Enfim, a busca da segurança jurídica sempre foi objetivo comum às duas tradições jurídicas, sendo que o *civil law*, historicamente, perseguia-a através da codificação, já o *common law*, mediante os precedentes.

O fato é que, nos ordenamentos influenciados pelo *civil law*, como o Brasil, prevaleceu, durante séculos, a teoria declaratória. De acordo com Montesquieu³⁴³, o “poder de julgar” seria um “poder nulo” e, por isso, deveria ser exercido através de uma atividade puramente cognitiva, destituída de qualquer poder criativo e limitada a afirmar aquilo que já havia sido dito pelo Legislativo. O positivismo legalista, identificado com a Escola da Exegese³⁴⁴, pregava um formalismo jurídico que reduzia o papel do julgador a mero reproduzidor da lei, responsável por uma simples tarefa de subsunção, sem espaço para qualquer margem de criatividade.

Nos ordenamentos influenciados por esses ideais, não apenas se imaginou, utopicamente, que o juiz não exercia qualquer ato criativo ao aplicar a lei, como ainda se supôs que a lei seria suficiente para gerar segurança, previsibilidade e igualdade entre os cidadãos³⁴⁵. Os juristas franceses do século XIX acreditavam fielmente que a forma mais segura de se chegar a uma solução justa estaria no método exegético. Manter o juiz preso à lei era sinônimo de segurança jurídica; a certeza do Direito estaria na estrita aplicação da lei³⁴⁶.

Nesse panorama, o princípio da separação dos poderes, em sua concepção tradicional, impõe ao Judiciário uma atividade mecanicista de aplicação da lei, sem qualquer margem para a atividade criativa, pois a criação do Direito seria tarefa destinada exclusivamente ao legislador. Além disso, a atividade administrativa, à luz do princípio da legalidade, estaria vinculada apenas as normas jurídicas criadas pelo Parlamento, órgão democraticamente eleito

³⁴¹ Esclarece Marinoni que, no *civil law*, “a ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição de que a lei seria suficiente para garantir certeza e segurança jurídica” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 82.)

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 53.

³⁴³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008, n.p.

³⁴⁴ A Escola da Exegese defendia que leis “serviriam de prontuários repletos e não lacunosos para dar solução aos casos concretos, cabendo ao aplicador um papel subalterno de automaticamente aplicar os comandos prévios e exteriores de sua vontade” (FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, jun.1995, p. 324-337, p. 325.)

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 52

³⁴⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008, n.p.

e legitimado para tanto, de modo que ofenderia a legitimidade democrática a ideia de vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais.

Nessa perspectiva, a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais configuraria uma dupla afronta ao princípio da separação dos poderes. Primeiramente porque a atividade de criação de normas jurídicas gerais e abstratas, por meio da atividade jurisdicional, corresponderia a uma usurpação indevida da função legislativa pelo Judiciário, que, sob essa concepção, estaria ultrapassando sua clássica função de “julgar casos” e, com isso, subtraindo a competência do legislador. Em segundo lugar, obrigar a Administração Pública a respeitar os precedentes judiciais representaria uma ingerência abusiva do Judiciário no Executivo, já que este último estaria obrigado a respeitar apenas as normas criadas pelo Parlamento, à luz do princípio da legalidade estrita.

No entanto, conforme será demonstrado a seguir, esses argumentos, além de partirem de premissas equivocadas, estão alicerçados em uma visão ultrapassada da tripartição de poderes.

3.3.2.1. O caráter normativo da atividade jurisdicional mediante os precedentes

O “problema” da natureza criativa e normativa da atividade jurisdicional já deveria estar superado há muito, sobretudo a partir da institucionalização da teoria dos precedentes obrigatórios no ordenamento pátrio. Entretanto, como visto, há quem ainda insista na tese da inconstitucionalidade do sistema de precedentes com fundamento na tripartição dos poderes.

Entender que a criação de normas jurídicas por meio dos precedentes judiciais representa uma usurpação da função legislativa não é nada mais do que privilegiar uma visão ortodoxa do princípio da separação dos poderes que não se sustenta mais. Superado o positivismo exegético e a retórica legalista, não parece haver mais espaço para discutir o papel criativo e normativo da jurisdição. Há muito, a atividade judicial deixou de ser encarada como meramente declaratória, assumindo a sua feição criativa, e os precedentes, em razão disso, passaram a ocupar lugar de especial relevância em grande parte dos ordenamentos, até mesmo naqueles tradicionalmente considerados de *civil law*.

De acordo com Mauro Cappelletti, o fato de existir criação do Direito pelos juízes não os transforma em legisladores; os juízes “são chamados a interpretar, e por isso,

inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro criar *ex novo* o Direito”³⁴⁷. Ainda segundo o referido doutrinador:

Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do Direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação judiciária ‘*law-making*’.³⁴⁸

Kelsen, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, já compreendia os precedentes sob o prisma normativo, enxergando os tribunais como órgãos criadores de normas jurídicas gerais. Para o autor, “a decisão de um tribunal num caso concreto assume o caráter de precedente obrigatório para as decisões futuras de todos os casos similares por meio de uma generalização da norma individual criada pela primeira decisão”.³⁴⁹⁻³⁵⁰

A evolução da teoria da interpretação colocou nas mãos dos tribunais a função de definir o Direito que deve regular a vida social³⁵¹. O Judiciário, na condição de autêntico intérprete do Direito, tem o papel de corporificar a ordem jurídica, de agregar substância ao texto legislativo, indo muito além da mera revelação do sentido pré-existente. “O fenômeno jurídico é muito mais complexo do que a legislação, o Direito positivo é muito mais do que os textos das leis”³⁵². Nos dias de hoje, compreende-se perfeitamente que as normas jurídicas não são os textos da lei, mas sim os sentidos construídos a partir deles, ou seja, os dispositivos legais constituem o objeto da atividade hermenêutica e as normas no seu resultado³⁵³.

O neoconstitucionalismo reconheceu, do ponto de vista metodológico, que inexistente ato interpretativo sem a participação criativa do intérprete. A partir da distinção entre texto e norma³⁵⁴ e do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, viu-se reforçada a relevância da argumentação e da racionalidade do discurso jurídico, não encontrando mais espaço a metodologia formalista baseada no silogismo.

³⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*...cit. p. 74.

³⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*...cit., p. 25.

³⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 216.

³⁵⁰ Anteriormente, na sua obra “Teoria Pura do Direito”, o autor encarava o ato jurisdicional como norma individual e concreta, cf: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, *passim*.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*... cit., p. 77.

³⁵² PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na superação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife, 2015, p. 24.

³⁵³ ÁVILA, Humberto Bergman. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 50.

³⁵⁴ Sobre a distinção teórica entre norma e texto ver: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Edson Bini (trad.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23-24.

A partir do momento em que se reconhece que texto e norma estão em patamares diferentes³⁵⁵, a determinação do significado dos textos legislativos acaba sendo colocada nas mãos do Judiciário. O provimento jurisdicional, além de resolver o caso concreto, serve para promover a unidade do Direito, reduzindo a indeterminação do discurso jurídico. Com isso, a decisão judicial expressa um duplo discurso, um dirigido às partes, voltado à resolução concreta do conflito, e outro geral, dirigido à sociedade, com pretensão de servir de modelo para outros casos análogos posteriores; “sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os Direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social”³⁵⁶.

Invariavelmente, no exercício da atividade judicante, há construção de norma jurídica, aplicável prospectivamente aos casos semelhantes por razões de isonomia e segurança jurídica, e não por se tratar de criação normativa dotada, desde o princípio, dos atributos de abstração e generalidade, como ocorre na produção legiferante³⁵⁷.

Isto é, a criação do Direito por parte dos juízes, mediante os precedentes, não serve para transformá-los em legisladores, razão pela qual é completamente equivocado categorizar todo normativo como legislação e toda atividade que gera norma como legislativa³⁵⁸. O Judiciário está autorizado a produzir norma sim, porém a norma produzida deve tratar especificamente da questão posta em juízo³⁵⁹.

3.3.2.2. O Judiciário e o Executivo como intérpretes e o problema da divergência interpretativa

Tanto os juízes como administradores aplicam o Direito e, em razão disso, são também intérpretes³⁶⁰. José dos Santos Carvalho Filho³⁶¹ assevera que, na teoria do Estado

³⁵⁵ A distinção teórica entre norma e texto é necessária porque a norma é o produto da interpretação do texto: GUASTINI, Riccardo. ob. cit., p. 131.

³⁵⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2014. p. 28.

³⁵⁷ A propósito, segundo Hermes Zaneti Jr., “precedentes são normas gerais e concretas; leis são normas gerais e abstratas. Permitir aos juízes e tribunais estabelecer normas gerais e abstratas fere a separação dos poderes e o princípio da legalidade”. (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 400).

³⁵⁸ MACÊDO, Lucas Buril de. ob. cit., p. 194.

³⁵⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 177-208, jul. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 01 Mai. 2019.

³⁶⁰ Inclusive, como já estudado, o Executivo, na condição de intérprete, está longe de ser um mero autômato na execução das leis, agindo muito mãos no espaço da discricionariedade administrativa e da autovinculação, do que no legalidade propriamente dita.

³⁶¹ CARVALHO FILHO, José Santos. ob. cit., p. 95.

moderno, há duas funções básicas estatais: a de criar a lei (tarefa do Legislativo) e a de executar a lei (tarefa do Judiciário e do Executivo).

Todo ato de aplicação da lei requer um processo hermenêutico. A aplicação do Direito posto (produção legislativa) necessariamente envolve uma atividade criativa por parte do aplicador. Não há enunciado linguístico, por mais claro que possa parecer, que dispense atividade interpretativa, mesmo porque a questão das vagezas e ambiguidades é algo inexorável à linguagem³⁶²⁻³⁶³. Chega a ser um truísmo dizer que o Direito é definido no momento de sua aplicação, quando será atribuído, por meio da atividade hermenêutica³⁶⁴, um sentido ao texto. Todo texto, até o mais óbvio, não prescinde do processo de interpretação para ser compreendido³⁶⁵. Até mesmo para identificar a clareza de um discurso, é preciso interpretá-lo³⁶⁶. Os textos nunca conseguirão ser claros o suficiente que os isente de interpretação, porque interpretar é aplicar e vice-versa³⁶⁷. Por tudo isso, no atual estágio da ciência jurídica, o dogma da subsunção é insustentável³⁶⁸.

Desse modo, tanto o Executivo, quando desempenha a função administrativa, quanto o Judiciário, no exercício da jurisdição, interpretam criativamente.

O grande problema é quando a interpretação adotada pelo Executivo não se alinha à do Judiciário. E, diga-se de passagem, isso não é raro de acontecer. Frequentemente, Judiciário e Administração Pública interpretam o sistema jurídico-constitucional de formas distintas. Quando isso ocorre, é como se estivesse sendo admitida uma incompatibilidade interna ao próprio Estado, na medida em que ambas as interpretações expressam posicionamentos estatais a respeito do mesmo Direito.

A distinção de funções, para a concretização do princípio da separação dos poderes, acaba por encobrir a percepção de que, independentemente de qual função estatal esteja sendo exercida, ter-se-á uma atuação estatal. O Poder Público (na função executiva) deveria ser o primeiro a respeitar e guardar coerência com as decisões judiciais que ele mesmo profere (na

³⁶² STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes...cit., p. 175.

³⁶³ “toda norma, porque veiculada por meio da linguagem, é, em alguma medida, indeterminada” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios...cit., p. 50.)

³⁶⁴ Segundo Ricardo Guastini, a interpretação deve ser vista como atividade, cf: GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 56.

³⁶⁵ O brocardo *in claris cessat interpretatio*, que estabelece a inexistência de interpretação quando a lei for clara, não se coaduna com a realidade atual.

³⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 7 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 57; *apud* ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *Teoria da interpretação dos atos processuais*. Dissertação de mestrado. Recife, UFPE, 2018, p. 10.

³⁶⁷ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 148.

³⁶⁸ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.p. 315-316

função jurisdicional)³⁶⁹. Não é coerente admitir que o Executivo atue pautado tão somente a partir dos mandamentos do legislativo, valorizando uma visão de estado liberal que não mais se sustenta³⁷⁰.

Não há como negar que essa divergência de posicionamentos afronta o ideal de justiça, além de não ser condizente com o Estado constitucional contemporâneo. O Direito é um só e todos poderes da república devem zelar pela sua integridade e uniformidade. “Uma vida conforme do Direito e, por consequência permeada pela responsabilidade, só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica”³⁷¹.

Quando o próprio Estado, por meio dos seus poderes incumbidos da aplicação do Direito (Executivo e Judiciário), revela-se inseguro e contraditório, ora se posicionando de uma forma, ora de outra, automaticamente dilui-se a consciência social pautada no sentimento de responsabilidade³⁷². Por sua vez, garantindo-se um tratamento isonômico aos cidadãos (administrados e jurisdicionados), titulares dos mesmos direitos subjetivos, além de aumentar a probabilidade de respeito espontâneo às normas jurídicas, o Poder Público ainda terá sua credibilidade e imagem fortalecida perante a sociedade.

Nessa ordem de considerações, cabe ao Legislativo e ao Judiciário o papel de, conjuntamente, definir o Direito para que o Estado possa aplicá-lo de forma adequada, ou seja, o vetor de orientação estatal deve ser extraído a partir do resultado da conjugação do produto legislativo com a atividade interpretativa do judiciário. É imprescindível, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica, que se obtenha o diálogo institucional entre os poderes. A lei, democraticamente editada pelo Legislativo, após ser democraticamente interpretada pelo Judiciário, poderá, enfim, ser aplicada, de forma isonômica e coerente, pelo Executivo³⁷³.

3.3.2.3. A aplicação administrativa dos precedentes judiciais em respeito à tripartição dos poderes

³⁶⁹ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luiz Felipe Freind dos. Demandas repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio Rodrigues (Coord). Fredie Didier Jr. (Coordenador Geral). *Fazenda Pública*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 649.

³⁷⁰ OLIVEIRA, Weber Luiz de. Ob.cit. p. 169

³⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes...*cit. , p. 114.

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Respeito ao Direito, Corte de Precedentes e Responsabilidade Social*. Disponível em:

http://www.academia.edu/26023515/Respeito_ao_Direito_Corte_de_Precedentes_e_Responsabilidade_Pessoal.

Acesso em 01 de fev. de 2018.

³⁷³ OLIVEIRA, Welber Luiz de. ob. cit., p. 45.

Respeitar o princípio da separação dos poderes significa, em última análise, garantir que, em caso de colisão de entendimentos entre o Executivo e o Judiciário, prevaleça a interpretação dada por este último, já que a ele o ordenamento jurídico-constitucional atribui a competência de definir o sentido das leis e da Constituição. É o Poder Judiciário que detém a última palavra a respeito da compreensão do ordenamento. Ao final, a interpretação que prevalece é a do juiz, e não a da Administração, mesmo porque o sistema brasileiro é de jurisdição una. Sobre o assunto, Juarez Freitas ensina que “o Direito vivo é bem mais do que a lei e é determinado, em instância última, pelo Poder Judiciário.”³⁷⁴

Nesse sentido, respeitar o princípio da separação dos poderes significa, em última instância, respeitar o entendimento firmado pelos órgãos judiciais constitucionalmente incumbidos de atribuir sentido normativo aos textos legais. Logo, observar a interpretação do Direito conferida pelos tribunais é, antes de tudo, respeitar o princípio da separação dos poderes.

3.3. A desnecessidade de autorização normativa expressa

Embora normativamente instituído um sistema de precedentes vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro para funcionar na esfera jurisdicional, não há disposição normativa expressa prevendo a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais. O que existe é a previsão constitucional de “eficácia contra todos e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” nas decisões definitivas de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88), bem como nas súmulas vinculantes³⁷⁵ (art. 103-A, CF/88). Aliado a isso, o art. 927 do CPC, que estabelece o rol dos precedentes vinculantes no sistema brasileiro de precedentes, elenca, como únicos destinatários, os juízes e os tribunais.

Essa lacuna normativa, à primeira vista, poderia levar à conclusão que a teoria dos precedentes obrigatórios teria sido institucionalizada no ordenamento brasileiro para

³⁷⁴ FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 117-123, jan./mar 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>. Acesso em: 08 Fev. 2019.

³⁷⁵ Importante ressaltar que súmula não se confunde com precedente. A súmula deve sempre ser interpretada a partir dos precedentes que a originaram. “A súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante”. (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Ob. cit., p. 555)

funcionar estritamente no Judiciário, sem possibilidade de vinculação externa. Sob essa perspectiva, o dever de vinculação administrativa aos precedentes judiciais existiria apenas nas duas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal³⁷⁶, enquanto que os demais precedentes judiciais teriam, no máximo, efeito meramente persuasivo para a Administração³⁷⁷.

Isso equivale a dizer que, face à ausência de expressa disposição normativa, a Administração Pública estaria autorizada a interpretar livremente o ordenamento jurídico-constitucional sem ter de levar em consideração a interpretação do Direito definida pelos tribunais, ainda que isso, no final das contas, resulte no provável ajuizamento de uma demanda judicial desnecessária e custosa para o Poder Público.

Weber Luiz de Oliveira³⁷⁸ sustenta que a aplicabilidade direta dos precedentes vinculantes restringe-se aos provimentos previstos na Constituição, argumentando que “quando o constituinte quis dar transcendência às decisões do Supremo Tribunal Federal assim o fez expressamente na regulamentação do controle concentrado de constitucionalidade e na súmula vinculante”. Já os demais precedentes previstos no art. 927 do CPC seriam, na visão do autor, apenas “indiretamente vinculantes”, já que dependeriam de autorização expressa veiculada por meio de *lei complementar*³⁷⁹, que funcionaria como uma “ponte de transição”, concretizando a participação democrática e legitimando a forma jurídica judicial perante a Administração³⁸⁰.

Eduardo José da Fonseca Costa, tratando a respeito da suposta (in)constitucionalidade do art. 927 do CPC, afirma que “nada impede que texto de lei ordinária federal atribua eficácia vinculante a esses pronunciamentos e a outros, desde que a vinculação se cinja aos estreitos limites do Poder Judiciário”. Na opinião do autor, o art. 927 é constitucional, porque tem eficácia obrigatória interna ao Judiciário, sem possibilidade de vinculação externa.

Hermes Zaneti Jr., também discorrendo sobre a suposta inconstitucionalidade do art. 927 do CPC, assevera que “não há inconstitucionalidade porque não há ofensa aos princípios

³⁷⁶ Nesse sentido, cf: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*: v. II. São Paulo, RT, 2014, pp. 35-36.

³⁷⁷ A propósito, segundo Hermes Zaneti Júnior, “as súmulas vinculantes vinculam a Administração Pública, diferentemente das demais súmulas, que apenas teriam força persuasiva para a Administração” (ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*cit., p. 402).

³⁷⁸ OLIVEIRA, Weber Luiz de. ob. cit., p. 186.

³⁷⁹ Segundo o autor, “a lei, dita autorizativa, não poderia ter uma forma de aprovação mais facilitada que a lei objeto do precedente” (OLIVEIRA, Weber Luiz de. ob. cit., p. 193).

³⁸⁰ OLIVEIRA, Weber Luiz de. ob. cit., p. 183.

da separação de poderes e da legalidade, uma vez que se vincula apenas aos órgãos do poder Judiciário e se observa a legalidade por ter sido a vinculação formalmente estabelecida por lei”³⁸¹. Ou seja, na visão do autor, o referido dispositivo não padece de inconstitucionalidade, porque vincula apenas os órgãos do Judiciário. Logo, *a contrario sensu*, caso se pretendesse conferir aos precedentes ali descritos eficácia externa, aí sim existiria inconstitucionalidade por ofensa à separação de poderes.

Em igual sentido, Ronaldo Cramer³⁸² defende que a eficácia obrigatória das decisões em controle concentrado de constitucionalidade e a das súmulas vinculantes precisaram de previsão constitucional, por interferirem na separação dos poderes. Além disso, assevera o autor que “com exceção dos incisos I e I, respectivamente, a decisão de controle concentrado e a súmula vinculante, os demais precedentes do art. 927 do NCPC vinculam apenas o próprio Judiciário”.

Como se vê, muitos daqueles que defendem a constitucionalidade do art. 927 do CPC sustentam a tese de que inexistente ofensa à separação dos poderes, porque o sistema de precedentes vinculantes, instituído pelo atual CPC, foi estruturado para funcionar exclusivamente no ambiente jurisdicional, diferente das decisões de controle concentrado e de súmulas vinculantes, cujos efeitos se irradiam pelo âmbito administrativo e, por isso, precisaram de previsão constitucional.

De acordo com essa linha de raciocínio, para que os efeitos dos precedentes possam transcender para além das fronteiras do Judiciário, alcançando a Administração Pública, a eficácia vinculante deveria ter, necessariamente, assento constitucional.

No entanto, não se compactua aqui com tal entendimento por dois motivos.

Primeiramente porque, conforme elucidado no item anterior, respeitar o princípio da separação dos poderes significa, em última análise, respeitar a interpretação atribuída pelo Judiciário à lei, já que a este poder compete a função de conferir sentido ao Direito.

Em segundo lugar, se realmente existisse ofensa à tripartição dos poderes, as emendas constitucionais que resultaram na previsão dos arts. 102, §2º e 103-A da CF também seriam inconstitucionais, por violação à cláusula pétrea (art. 60, §4, II da CF).

Enfim, o fato de não existir expressa e categórica determinação legal prevendo a obrigatoriedade da aplicabilidade dos precedentes judiciais nas atividades administrativas - assim como há em relação aos órgãos jurisdicionais - não significa que a Administração está

³⁸¹ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...*cit., p. 402.

³⁸² CRAMER, Ronaldo. *ob. cit.*, p. 189.

autorizada a ignorar a interpretação definida pelos tribunais em precedentes vinculantes. Isso porque o dever de vinculação administrativa aos precedentes judiciais é extraível do ordenamento jurídico-constitucional. Diversos princípios constitucionais, tais como segurança jurídica, isonomia e eficiência, fundamentam a vinculação da Administração aos precedentes judiciais, independentemente de previsão normativa nesse sentido.

4. FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES

4.1. Segurança jurídica

O primeiro alicerce constitucional que justifica a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais é o princípio da segurança jurídica, bem maior que alicerça o *stare decisis*³⁸³ e que representa um valor fundamental do Estado de Direito.

Nas palavras de Edílson Nobre, “dentre as variadas e importantes características que singularizam o Estado de Direito, não se pode desconhecer aquela inerente à segurança jurídica. Qualquer que seja a fase por aquele vivenciada, a segurança jurídica constitui um dos seus pilares”³⁸⁴.

A propósito, Canotilho coloca a segurança jurídica como um dos subprincípios básicos que compõe o próprio conceito do Estado de Direito³⁸⁵.

De acordo com Leonardo Carneiro da Cunha, o “Estado de direito caracteriza-se pela submissão do Estado ao ordenamento jurídico com a finalidade de garantir segurança jurídica a seus cidadãos”³⁸⁶.

Segundo Marinoni “a segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser Estado de Direito.”³⁸⁷

³⁸³ CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, p. 305-308.

³⁸⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Súmulas vinculantes e segurança jurídica nas relações jurídico-administrativas. In: VALIM, Rafael. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 705.

³⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 91.

³⁸⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 3.

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios...* cit., p. 352.

Para Noberto Bobbio, a segurança jurídica possibilita a ordenação da conduta social mediante o estabelecimento de normas gerais e constitui elemento intrínseco do sistema jurídico, sem o qual não se pode sequer caracterizar um ordenamento como jurídico³⁸⁸.

Para que as pessoas possam ter consciência das consequências jurídicas dos seus atos e de terceiros, a ordem jurídica, e assim a lei e a sua correspondente interpretação, devem possuir um mínimo de cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade, elementos estes que correspondem aos três pilares da segurança jurídica³⁸⁹ e que serão, a seguir, brevemente delineados.

A cognoscibilidade está relacionada à possibilidade de prévio conhecimento das fontes normativas. O conhecimento que a sociedade tem sobre o Direito é essencial para que as pessoas atuem em conformidade com ele³⁹⁰. Quando o direito é desconhecido ou impossível de ser conhecido, ele não servirá como guia diretivo de condutas, razão pela qual a cognoscibilidade constitui aspecto de especial relevância em qualquer sistema jurídico. As “regras do jogo” precisam ser conhecidas pelos jurisdicionados, devendo-se fazer do Direito um jogo limpo³⁹¹. “O prévio conhecimento do entendimento sedimentado pelos tribunais sobre certa matéria é importante para a estabilização social e econômica, influenciando, inclusive, nos investimentos realizados no país”³⁹²⁻³⁹³.

A estabilidade consiste na exigência de uma certa durabilidade, o que, entretanto, não se confunde com imutabilidade³⁹⁴. Se a interpretação jurídica não possuir um grau de estabilidade que imponha um razoável nível de dificuldade para modificação da interpretação, dificilmente a sociedade poderá confiar na continuidade da valoração jurídica dos atos e fatos³⁹⁵, de modo que o rompimento da estabilidade apenas estará justificado quando existam boas razões para isso³⁹⁶. É possível, até mesmo, afirmar que as pessoas necessitam mais de

³⁸⁸ BOBBIO, Noberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 45.

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 353.

³⁹⁰ MACÊDO, Lucas Buri de. Ob. cit., p. 101.

³⁹¹ STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NPCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*. Fredie Didier Júnior (coord.). Salvador: Editora JusPodivm, v. 3, 2016, p. 177.

³⁹² BASTOS, Antônio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico. *Revista de Processo*, vol. 227, ano 39, p. 295-316, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2014, p. 309.

³⁹³ “a cognoscibilidade exige clareza, precisão e inteligibilidade dos textos normativos, que precisam ser escritos de forma coerente e divulgados mediante ampla publicidade”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*...cit., p. 4)

³⁹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*...cit., p. 358.

³⁹⁵ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 102

³⁹⁶ JUST, Gustavo. ob. cit., p. 61.

estabilidade do que a obtenção daquele provimento que considerem mais justo e consentâneo com seus interesses, na medida em que a preservação de determinado tratamento jurídico, ainda que os seus destinatários julguem não ser a melhor solução, melhor atende aos anseios sociais, ao possibilitar a confiança na continuidade da ordem jurídica e a adequação dos comportamentos³⁹⁷.

Já a previsibilidade está relacionada ao planejamento de condutas e à adequação dos comportamentos sociais, a partir da possibilidade de antecipação razoável das alternativas interpretativas. Se os destinatários das normas conseguem mensurar previamente quais são as consequências jurídicas de seus atos, automaticamente eles se sentirão mais confortáveis e seguros para se planejar, programando suas expectativas de acordo com efeitos jurídicos atribuídos às regras e aos princípios³⁹⁸. Logo, ter um Direito previsível é fundamental para que as pessoas planejem suas vidas com segurança³⁹⁹.

É uma conquista civilizatória garantir que as pessoas vivam segundo regras preestabelecidas. O simples fato de os padrões de avaliação de conduta serem conhecidos, previsíveis e minimamente estáveis, independente de quaisquer juízos de valor que sobre eles se possa fazer, traz o sentimento de confiança e tranquilidade.

Dito isso, pode-se afirmar que a disparidade de entendimento entre o Judiciário e o Executivo atinge os três pilares fundamentais da segurança jurídica (cognoscibilidade, estabilidade e previsibilidade), porquanto, aos olhos do administrado, o Direito continuará desconhecido, instável e imprevisível. É inquestionável que há um grave problema quando o Direito é variável de acordo com o órgão aplicador. De nada adianta obter segurança jurídica no ambiente jurisdicional, mediante a aplicação da teoria dos precedentes obrigatórios, e conviver com a insegurança no âmbito administrativo.

A disparidade de entendimento entre o Judiciário e o Executivo, ao dificultar a identificação do conteúdo normativo em vigor, atenta frontalmente contra a segurança jurídica. Por sua vez, universalizar soluções jurídicas para aplicação uniforme no âmbito jurisdicional e administrativo possibilita a criação de legítimas expectativas e a programação de comportamentos sociais dentro de uma certa margem de segurança. É essencial possibilitar que os cidadãos em geral (e não apenas aqueles que judicializaram suas pretensões) tomem consciência a respeito dos seus direitos para que, assim, se orientar juridicamente, definindo seus comportamentos e ações, a partir da interpretação do Direito vigente.

³⁹⁷ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 102.

³⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil...*cit., p. 6.

³⁹⁹ MACÊDO, Lucas Buri de. ob. cit., p. 104.

Nesse sentido, a ação estatal deve ser previsível em qualquer um dos seus segmentos (normativo, administrativo e jurisdicional)⁴⁰⁰, ou seja, a segurança jurídica deve ser prestigiada no desempenho de todas as funções estatais, estando o Estado proibido de praticar atos que a reneguem ou a desconsiderem⁴⁰¹. E, sem dúvidas, fechar os olhos para entendimento consolidado pelos tribunais constitui um ato de renegação por parte da Administração.

Além disso, quando o Executivo não reconhece direito que já fora amparado pelo Judiciário em outros casos análogos, sua imagem fica seriamente comprometida perante a sociedade, que não consegue compreender o porquê da diversidade de soluções e da razão para a recalcitrância em manter entendimento já superado pelos tribunais.

Desse modo, o Executivo, até mesmo como forma de reforçar a sua credibilidade, precisa delimitar, a partir dos precedentes judiciais, um padrão de conduta a ser seguido de forma generalizada. É fundamental que haja univocidade na qualificação das situações jurídicas pelos poderes incumbidos da aplicação do direito, ou seja, é imprescindível o alinhamento entre o Judiciário e o Executivo no tocante à forma como interpretam o sistema jurídico. “A certeza e previsibilidade quanto à aplicação do direito dão segurança à sociedade, já que sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida”.⁴⁰²

Não se está aqui desmerecendo a importância da convivência na comunidade jurídica de posicionamentos dissonantes, considerando que o debate é extremamente salutar para a maturidade e o desenvolvimento de qualquer ciência. Entretanto, se essas várias interpretações (contraditórias) são contemporâneas e aplicáveis a casos semelhantes, está-se, na verdade, negando o ideal de justiça⁴⁰³.

Aliás, a dignidade humana estará comprometida toda vez que a ordem jurídica não possuir um nível de segurança que permita ao cidadão depositar confiança nas instituições, nem sequer elaborar seus projetos de vida, estabelecendo relações jurídicas seguras com terceiros ou com o próprio Estado⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Súmulas vinculantes e segurança jurídica nas relações jurídico-administrativas. In: VALIM, Rafael. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 725.

⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios... cit., p. 97.

⁴⁰² CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001, p. 111.

⁴⁰³ MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamento à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA,

4.2. Isonomia: a promoção da tutela igualitária para administrados e jurisdicionados

Se a administração deve agir de acordo com a lei e se o texto legal comporta infinitas visões interpretativas, expressando, cada uma delas, pautas de condutas diferentes, o próprio sentido da legalidade fica comprometido. Daí por que a legalidade apenas adquire sentido prático se for concretizada à luz da isonomia. Dito de outro modo, a obediência ao princípio da legalidade passa pela necessidade de garantir mecanismos para a criação e aplicação uniforme das normas, conferindo tratamento isonômico a todos aqueles que estejam na mesma situação fático-jurídica.

Todavia, como visto no item 2.3.2.2., não raramente, juízes e Administração Pública interpretam o sistema jurídico-constitucional de formas distintas. Entretanto, não é tolerável que pessoas titulares dos mesmos direitos recebam do Estado respostas distintas. Todas as vezes que se instala um descompasso entre a tutela judicial individualmente concedida e o tratamento jurídico generalizado e espontâneo dado pelo Estado aos cidadãos em geral coloca-se em xeque a isonomia. Um sistema jurídico que pretenda ser justo deve permitir que os sujeitos confiem na similaridade das decisões estatais, sejam elas jurisdicionais ou administrativas. A uniformidade da aplicação do Direito deve ser objetivo maior de todo o Estado que elege a segurança jurídica como valor fundamental do seu ordenamento.

É inaceitável que, no final das contas, o elemento decisivo para a concretização de um direito seja a capacidade de o sujeito levar a sua pretensão ao Judiciário. É como se existisse duas categorias de cidadãos, os “com sentença” e os “sem sentença”⁴⁰⁵, o que, evidentemente, representa uma discriminação ilegítima.

Deve-se questionar se é razoável e consentâneo com o ideal de justiça garantir uma tutela diferenciada e mais benéfica apenas para a seleta classe dos bafejados “com sentença” que lograram êxito em demandas individuais, sobretudo se levarmos em consideração que considerável parcela da população encontra dificuldade no acesso à justiça.

A consequência dessa disparidade de tratamento não pode ser outra que não o estímulo à judicialização massiva. Nessa conjuntura, o Judiciário passa a ser visto como a

Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica*: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁴⁰⁵ As expressões foram utilizadas por Carlos Alberto de Salles, cf: SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de Direitos sociais constitucionais. In: OZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrónio; QUARTIERI, Rita (orgs.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos*: estudo em homenagem a Ada Pellgrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 147.

única esfera capaz de proporcionar os direitos que não foram satisfeitos espontaneamente no campo administrativo. E “o que reiteradamente ocorre na prática é o êxito da ação individual e a continuidade da inércia administrativa em relação aos demais titulares do Direito em questão”⁴⁰⁶.

A igualdade na aplicação do Direito deve ser buscada perante o sistema como um todo e a credibilidade a ser reforçada é a do Estado, independentemente do poder a que pertença o agente que esteja atuando em seu nome.

Diante de pretensões iguais ou semelhantes, as respostas do Poder Público e do Judiciário devem ser equivalentes, não sendo razoável tolerar a coexistência de soluções estatais diferentes para os mesmos problemas. Se o Judiciário já sedimentou determinada interpretação, a Administração tem o dever de, espontaneamente, universalizar, em âmbito administrativo, a mesma solução jurídica.

A propósito, de acordo com Marco Aurélio Peixoto e Rodrigo Becker⁴⁰⁷:

O respeito aos precedentes judiciais por parte do administrador público – e de seus órgãos jurídicos -, bem como o fomento à construção de precedentes administrativos, são marcas de uma atuação mais responsável, comprometida com o Judiciário, zelosa com a coisa pública e, acima de tudo, respeitosa com o cidadão administrado.

Dessa forma, a garantia de uniformidade do tratamento entre administrados e jurisdicionados passa pela necessidade de submeter a Administração Pública à autoridade dos precedentes judiciais. Dito de outro modo, o respeito aos precedentes pela Administração viabiliza que entre os sistemas jurisdicional e o legal se concretize o princípio da igualdade, de modo a conceder aos que não se socorreram do Judiciário o mesmo direito reconhecido em favor daqueles que buscaram a prestação jurisdicional⁴⁰⁸.

4.3. Impessoalidade

O princípio da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88), como projeção da isonomia, também se encarta como fundamento constitucional para aplicação dos precedentes judiciais na fase pré-processual.

⁴⁰⁶ HACHEM, Daniel Wunder. *Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos Direitos sociais*. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64/346> Acesso em 2 de fev. de 2019.

⁴⁰⁷ PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. *Como os precedentes constantes do art. 927 do CPC podem vincular a Administração Pública?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/como-os-precedentes-constantes-do-art-927-do-cpc-podem-vincular-a-administracao-publica-13092019>. Acesso em 13 de set. 2019.

⁴⁰⁸ OLIVEIRA, Welber Luiz de. *ob. cit.*, p. 82.

Isso porque uma atuação estatal personalista em favor daqueles cidadãos “com sentença” consistirá em nítido favorecimento indevido que afronta o ideal de impessoalidade, porquanto a generalidade das pessoas, embora titular de direito subjetivo similar ou de situação jurídica isomórfica, não obterá a mesma prestação apenas porque não judicializou suas pretensões.

A essência da impessoalidade “está no fato de o tratamento dado pelos agentes estatais aos casos individuais e concretos estar fundamentado numa decisão anterior geral e abstrata”⁴⁰⁹. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade corresponde a isonomia aplicada à atividade administrativa, traduzindo a ideia de que a Administração não pode ser instrumento de perseguições ou favoritismos⁴¹⁰.

Desse modo, a leitura do ente administrativo a respeito do sistema normativo deve estar condizente com os precedentes judiciais, a fim de extrair deles a regra geral que deverá orientar seus atos, sob pena de ofensa ao princípio da impessoalidade.

4.4. Moralidade

Assim como o princípio da impessoalidade, o da moralidade encontra-se expressamente previsto no art. 37 da CF/88, estando, no plano infraconstitucional, encartado no art. 2º da lei 9.784/99.

Ao entregar prestação jurídica diversa daquela é dada no âmbito judicial, ocorre, incontestavelmente, a frustração da expectativa do administrado que, de forma legítima, acreditava ser titular do mesmo direito reconhecido na esfera judicial em favor daqueles que se encontravam em situação fático-jurídica igual ou semelhante a sua. Essa disparidade de tratamento retrata um agir desleal, antiético e imoral por parte da Administração Pública. Daí a razão para o princípio da moralidade, com seu forte conteúdo ético, legitimar também a necessidade de respeito aos precedentes judiciais na seara administrativa.

4.5. Eficiência e economicidade: o respeito aos precedentes na fase administrativa para minimizar os prejuízos ao erário

⁴⁰⁹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 114.

⁴¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ob. cit.*, p. 81.

Economicidade e eficiência são princípios correlacionados. O acatamento da Administração Pública aos precedentes judiciais atende, conjuntamente, a ambos.

Economicidade diz respeito à análise do caminho perseguido para a efetuação da despesa pública. Di Pietro ensina que o controle da economicidade envolve “questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.”⁴¹¹

Quando a Administração Pública deixa de levar em conta os precedentes judiciais no desempenho da função administrativa, a economicidade fica prejudicada por três principais razões.

Em primeiro lugar, ocorre o desvio da força de trabalho da advocacia pública, que, ao precisar defender a entidade ou órgão reticente em promover o cumprimento espontâneo e igualitário do direito reconhecido pelo Judiciário, deixa de dar atenção a muitas outras, verdadeiramente ilegítimas, agressões ao erário, a exemplo da fiscalização e combate aos atos de improbidade administrativa⁴¹². Isto é, gasta-se energia com demandas judiciais – que poderiam ter sido evitadas – em vez de focar naquilo que realmente resultaria em efetiva economia e preservação do patrimônio público.

Em segundo lugar, a não observância do Poder Público aos precedentes judiciais constitui um fator de estímulo à judicialização massiva, já que o simples fato de existir uma sedimentação de determinado posicionamento por parte do Judiciário torna muito mais fácil o trabalho dos advogados que pretendam acompanhar a linha decisória do precedente. Isso porque da mesma forma que os julgadores, ao estender a norma do precedente ao caso sob julgamento, não estão obrigados a enfrentar todos os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, os advogados também não estão. Ou seja, a extensão da norma de um precedente já formado (quando, evidentemente, for o caso de correlação fática e jurídica entre os casos) ameniza o ônus argumentativo imposto àquele que litiga no mesmo sentido do precedente, o que, sem sombra de dúvidas, estimula a proliferação de ações judiciais.

E não há dúvidas de que essa judicialização massiva é financeiramente onerosa para o Estado. Primeiramente porque a prestação jurisdicional é um serviço público de elevado custo. A movimentação da máquina judiciária demanda a utilização de diversos recursos

⁴¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 490.

⁴¹² FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Rio de Janeiro, n. 211, p. 117-123, jan./mar 1998, p. 119. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>. Acesso em: 08 Fev. 2019.

humanos, materiais e tecnológicos necessários ao exercício da jurisdição. Além disso, quando uma questão administrativa é judicializada, todo o aparato (físico e humano) utilizado no âmbito do Executivo para a defesa do Poder Público em juízo também representa, igualmente, despesa pública. Ou seja, o congestionamento do Judiciário onera duplamente o Estado: de um lado, pela movimentação da máquina judiciária e, de outro, da máquina administrativa acionada para promover a defesa judicial dos interesses estatais⁴¹³.

Em terceiro lugar, a concessão judicial de uma prestação que deveria ter sido concedida desde a esfera administrativa eleva consideravelmente o ônus financeiro a ser suportado pelo ente público sucumbente, tendo em vista o acréscimo de encargos financeiros pela demora na satisfação da prestação (juros e correção monetária) e as verbas decorrentes da sucumbência. Tal circunstância, evidentemente, representa um desperdício de recursos públicos, indo de encontro à ideia de economicidade. É nesse sentido que a previsibilidade das soluções jurídicas proporcionada pelo *stare decisis*, permite que o ente público se previna e evite o ônus financeiro que a sucumbência acarretaria.

Já o princípio da eficiência, explicitado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, desde a Emenda 19/1998⁴¹⁴, impõe a superação do modelo de administração burocrática por um modelo de administração gerencial, de resultados, havendo, com isso, um dever de eficiência imposto aos agentes públicos⁴¹⁵.

A noção de eficiência representa um reclamo contra o modelo burocrático de administração, no qual imperava o formalismo exacerbado. A administração gerencial ou “administração por objetivos” atua em prol da presteza, da consensualidade, do rendimento funcional e da responsabilidade dos agentes públicos no cumprimento dos seus deveres, tendo por objetivo a obtenção de resultados positivos na prestação dos serviços públicos, de modo a satisfazer as necessidades básicas dos administrados⁴¹⁶. A ideia é obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolso⁴¹⁷.

⁴¹³ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luiz Felipe Freind dos. Ob. cit., p. 665.

⁴¹⁴ Edílson Nobre esclarece o equívoco que é defender que a noção de eficiência surgiu no ordenamento apenas com a EC/19, demonstrando que, bem antes disso, já se falava em eficiência na doutrina administrativa brasileira, cf: NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 209-240, jul. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em: 01 Jun. 2019.

⁴¹⁵ MELLO, Gláucia Rodrigues Torres de Oliveira; XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Por uma Procuradoria Geral do Estado de Resultados: Da Necessidade de Repensar Modelos Tradicionais de atuação na Busca da Eficiência*. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2013/Direito_do_Estado_em_Debate_para_Distribuicao_Web_parte_002.pdf. Acesso em 01 de set de 2017.

⁴¹⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p 1020-1021.

⁴¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 35.

Em suma, a eficiência está relacionada aos resultados – que devem ser satisfatórios – e se contrapõe à ideia de descaso, negligência e omissão⁴¹⁸. Partindo desse pressuposto, pode-se afirmar que a vinculação administrativa aos precedentes judiciais atende à eficiência ao garantir um resultado satisfatório ao Poder Público, enquanto que os desrespeitar demonstra o descaso, a negligência e a omissão da Administração. É que, quando a Administração Pública fecha os olhos para o conteúdo normativo definido pelo Judiciário em precedente vinculante, isso, em grande parte dos casos, representará uma mera procrastinação do reconhecimento do direito, o que, evidentemente, está longe de corresponder a um comportamento eficiente.

Tudo está a demonstrar ser imprescindível avançar, no campo administrativo, com técnicas de gestão direcionadas a metas objetivas, comportamentos eficientes e aprimoramento qualitativo do sistema, superando as amarras, inércia e deficiências operacionais e conferindo a máxima eficácia aos princípios da eficiência e economicidade administrativas⁴¹⁹.

Nesse contexto, o sistema de precedentes judiciais, se bem compreendido e operacionalizado, pode representar uma eficiente ferramenta de planejamento para o Estado, que conseguirá estimar o impacto financeiro dos seus atos e omissões, bem como criar um plano estratégico de ações, evitando comportamentos ineficientes e custosos ao Erário.

4.6. Consensualidade: a aplicação administrativa dos precedentes como mecanismo de prevenção de conflitos e a utilização das câmaras de conciliação e mediação do art. 174 do CPC como instância intermediária de resolução de conflitos

A negação da consensualidade no seio estatal decorria, em grande parte, da equivocada percepção de que, para se promover o interesse público, seria necessário relegar as pretensões particulares. Nessa ultrapassada perspectiva, as peculiaridades do regime jurídico administrativo não seriam condizentes com a utilização de meios consensuais pela Administração. Contudo, há, atualmente, novas formas de se compreender a atuação do Poder Público e a sua relação com os administrados. A sociedade passou a reivindicar uma posição

⁴¹⁸ RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. Aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 3-4.

⁴¹⁹ O procurador do Estado e seu trabalho. Obra coletiva dos Associados APEP. Revista jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná. Curitiba, 2010.

mais paritária e democrática da Administração, com vistas a tornar a persecução do interesse público mais consentânea com os desígnios do Estado Democrático de Direito⁴²⁰.

A Administração Pública democrática e prestadora não se compatibiliza com a unilateralidade das manifestações dos seus órgãos, nem com o perfil autoritário de outrora, daí o reclamo pela flexibilização e diversificação nos modos de atuação do Estado, substituindo os meios autoritários por outros mais consensuais⁴²¹. É dizer, a ação unilateral e imperativa do Estado cede espaço à atuação consensual⁴²². “O desenvolvimento da ação administrativa não mais sucede com a marca da unilateralidade da presença da Administração Pública, antes com a harmoniosa colaboração desta com os particulares”⁴²³.

Nesse contexto, exsurge a noção de “Administração Pública dialógica”, pautada no consenso e na busca de meios de comunicação com a sociedade⁴²⁴. Ganha cada vez mais espaço a tendência de solução dos conflitos entre o particular e a Administração mediante meios consensuais. A ideia é que os próprios atores e destinatários da atuação administrativa possam se autocompor, o que, sem dúvidas, é um imperativo lógico do princípio da eficiência⁴²⁵.

Não se discute que a consensualidade é inerente a uma boa Administração Pública. A indisponibilidade do interesse público não conflita com a ideia de “Administração consensual”; pelo contrário, a ela se ajusta. Isso porque, se o interesse público é a finalidade a ser atingida, a consensualidade nada mais é do que uma forma (mais amena e menos burocrática) de se chegar a tal finalidade, mediante a busca de alternativas que transponham os entraves operacionais do aparato estatal⁴²⁶.

De acordo com Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴²⁷, a antiga concepção de ação pública – burocrática, monolítica, centrada e conduzida pela fé cega no exercício da imperatividade – cede lugar à ideia de “gestão pública” – criativa, flexível, descentralizada, orientada pela consensualidade e pelo controle de resultados.

⁴²⁰ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 230.

⁴²¹ SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 103.

⁴²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 p. 343.

⁴²³ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. *Boa-fé como baliza da relação jurídico-administrativa*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/boa-fe-como-baliza-da-relacao-juridico-administrativa/4037>. Acesso em 01 de jan. 2019.

⁴²⁴ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 231.

⁴²⁵ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 209-240, jul. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em: 01 Jun. 2019.

⁴²⁶ LOUBET, Wilson Vieira. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a Administração consensual*. Brasília: Editora Consulex, 2009, p. 85-86.

⁴²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 30.

O espírito de consensualidade que deve permear a atuação administrativa pode se revelar de grande valia em três diferentes momentos: *i*) na análise administrativa das pretensões e dos direitos dos administrados (anteriormente ao surgimento de qualquer conflito); *ii*) depois de instaurado o conflito, mas antes da judicialização; *iii*) após a judicialização, no ambiente jurisdicional, mediante a celebração de acordos judiciais ou, até mesmo, pelo reconhecimento da procedência do pedido. Para os fins do presente trabalho, interessam apenas os dois primeiros momentos, já que o objetivo aqui é analisar a eficácia dos precedentes nas relações jurídico-administrativas ainda na fase pré-processual, anteriormente ao processo judicial.

É inegável que gastos desnecessários – de tempo e dinheiro – são evitados quando os impasses entre Administração e administrados são dirimidos ainda no âmbito administrativo⁴²⁸. A adoção de métodos consensuais de antecipação e prevenção de conflitos ou, ainda, os de resolução administrativa dos conflitos já instaurados, melhor atende aos princípios da eficiência e da economicidade. Além disso, não há como ignorar que o reconhecimento espontâneo e universal dos direitos pela Administração Pública, mediante a aplicação administrativa dos precedentes judiciais, é uma questão de cidadania e isonomia.

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que a observância administrativa dos precedentes judiciais atende à perspectiva preventiva da consensualidade, porquanto, na maioria das vezes, evitará o surgimento do conflito entre Administração e administrado quando as questões administrativas que já tiverem sido objeto de sedimentação por precedentes vinculantes. É dizer, a implementação voluntária dos direitos já amparados por precedentes vinculantes constitui um eficiente mecanismo de prevenção de conflitos.

Contudo, ainda que a Administração adote uma postura proativa no sentido de se adequar ao entendimento firmado pelo Judiciário, nem sempre será possível evitar o surgimento de conflitos. Isso porque haverá situações em que a aplicação de determinado precedente se mostrará problemática. Assim como ocorre no âmbito judicial, a extensão da norma do precedente ao caso concreto pode se revelar, na prática, bastante tormentosa. É possível que, por exemplo, a demanda administrativa apresente alguma peculiaridade fática capaz de despertar dúvidas justificáveis a respeito da aplicabilidade do precedente judicial. Quando isso ocorrer, é bastante razoável que a Administração não reconheça, inicialmente, o direito amparado pelo precedente, desembocando em um conflito de interesses.

⁴²⁸ OLIVEIRA, Weber Luiz de. ob. cit., p. 153

Porém, ainda assim, é possível evitar a judicialização, mantendo a solução do problema no espaço extrajudicial. A resposta para esses casos problemáticos e de maior complexidade pode ser encontrada nas câmaras de mediação e conciliação, que funcionarão, nesses casos, como instância intermediária de resolução dos conflitos administrativos, de modo a evitar que o conflito seja judicializado.

A propósito, o art. 174, II do CPC, dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de conciliação e mediação destinadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, destinadas a avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Pública. Isto é, a legislação processual outorgou aos entes a obrigação de criar o aparato necessário à solução extrajudicial dos conflitos administrativos.

Com efeito, as demandas administrativas suscetíveis de controvérsias na aplicação do precedente judicial, que deixem margens para dúvidas interpretativas, podem ser objeto de autocomposição nas câmaras de conciliação e mediação, espaço propício para a análise da viabilidade jurídica da pretensão do administrado por parte, inclusive, da consultoria jurídica do ente público.

É primordial que o Estado se conscientize de que a judicialização excessiva das questões administrativas não atende ao interesse público nem à eficiência administrativa. O modelo demandista até então prevalecente na cultura jurídica brasileira deve ceder espaço ao modelo consensual e, para isso, é fundamental que o Poder Público adote uma postura proativa no sentido de reconhecer a autoridade dos precedentes judiciais, bem como avance com a implementação de ferramentas de autocomposição para a resolução administrativa de conflitos, estruturando as câmaras de conciliação e mediação previstas no art. 174 do CPC.

5. A OPERACIONALIZAÇÃO DA PROPOSTA E A CONVENIÊNCIA DA VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS

5.1. Identificando os precedentes que vinculam a Administração Pública

Assim como ocorre em relação aos órgãos jurisdicionais, nem todos os precedentes vinculam a Administração Pública, sendo necessário, em razão disso, identificar quais deles possuem dita eficácia vinculante.

É preciso ter em mente que a adesão administrativa ao precedente judicial, além de envolver uma série de questões formais e burocráticas, repercute, de modo significativo, no âmbito administrativo, alcançando uma ampla gama de administrados, já que as pretensões envolvendo o Poder Público costumam se replicar em numerosas relações jurídico-administrativas. Nesse passo, deve ser levado em consideração o efeito multiplicador da extensão administrativa dos direitos amparados por precedentes judiciais.

Em sendo assim, é bastante razoável que o dever de vinculação surja apenas diante de precedentes que reflitam uma interpretação amadurecida, minimamente estabilizada e que, preferencialmente, tenham sido fruto de um intenso e qualificado debate.

Nessa conjuntura, para a identificação dos precedentes que vinculam a Administração, deve-se adotar como marco referencial o art. 927 do CPC, o qual estabelece o rol dos precedentes formalmente vinculantes no *stare decisis* brasileiro. Afinal, se já existe precedente vinculante em torno da matéria em sentido desfavorável ao Poder Público, a judicialização da questão administrativa muito provavelmente (e essa é a ideia do *stare decisis*) desembocará na condenação do ente público. Entretanto, importante deixar claro que a adoção do art. 927 do CPC como paradigma deve ser empreendida de acordo com a amplitude delineada no item 1.8.2⁴²⁹. É que, conforme examinado naquela oportunidade, caso se confira uma interpretação restritiva e literal do rol ali elencado, corre-se o sério risco de diminuir-se a importância e a eficácia do próprio sistema de precedentes vinculantes.

Se a Fazenda Pública não dispõe de argumentos para distinguir ou superar o precedente vinculante na esfera jurisdicional, é muito mais racional e eficiente promover sua aplicação desde logo, ainda na seara administrativa. Por seu turno, se a questão ainda não

⁴²⁹ Como devidamente aprofundado no 1.8.2, existem outras espécies de provimento que, a despeito de não estarem expressamente previstas no art. 927, também devem ser consideradas vinculantes, a exemplo dos acórdãos prolatados pelas seções especializadas do STJ e as súmulas dos Tribunais de Justiça sobre direito local.

estiver sedimentada mediante precedente vinculante, não há qualquer problema em manter o entendimento administrativo.

Importante fazer uma ressalva com relação aos provimentos vinculantes oriundos dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça (CPC, art. 927, incisos III e V).

Quando o Poder Público estiver inserido na abrangência territorial do tribunal que firmou o precedente vinculante, não há grandes celeumas, o precedente deverá ser seguido. Por exemplo, a Administração Pública do Estado de Pernambuco deve obediência aos precedentes vinculantes firmados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (súmulas locais, decisões do órgão especial e acórdãos prolatados em IAC e IRDR).

Por sua vez, diante de precedente vinculante oriundo de Tribunal Regional Federal, não há que se falar em vinculação da Administração Pública Federal até que a questão venha a ser uniformizada nacionalmente. Se a Administração é federal, deve ela, por razões de coerência, sistematicidade e igualdade, agir de maneira uniforme perante os administrados em todo território nacional. Caso se admita a eficácia administrativa do precedente apenas em âmbito regional, em vez de cidadãos “com sentença” e “sem sentença” passarão a existir os “administrados da Região X” e os “demais administrados”, ou seja, retoma-se o mesmo problema de falta de isonomia e segurança jurídica.

Logo, os acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, ainda que integrem o rol do art. 927 do CPC, serão, em relação à Administração Federal, meramente persuasivos. Nesses casos, a vinculação apenas surgirá quando a questão vier a ser pacificada por precedente vinculante de Tribunal Superior.

5.2. A importância dos “atos normativos adaptativos”

Para que ocorra uma adequada aplicação do precedente judicial na esfera administrativa, é importante que aqueles que agem em nome do Estado sejam previamente orientados a respeito de como vão aplicar os precedentes judiciais em suas rotinas.

Da mesma forma que ocorre com a aplicação das leis, cuja incidência administrativa costuma ser balizada por atos normativos infralegais expedidos pelo Executivo, os precedentes, que também são textos, carecem de regulamentação interpretativa. Daí a relevância da edição de “atos normativos adaptativos” a cada precedente com aptidão para gerar implicações administrativas.

A ideia é fornecer os parâmetros para uma adequada e uniforme aplicação dos precedentes, mesmo porque nem sempre é fácil a tarefa de extrair e delimitar a *ratio decidendi*, já que essa operação costuma exigir um raciocínio jurídico mais aprimorado e argumentativo por parte do intérprete. Aliás, justamente por isso, a edição dessa “norma adaptativa” poderá ser melhor desempenhada se ficar a cargo do órgão que detém a função de assessoramento jurídico do Poder Executivo, incumbência esta atribuída constitucionalmente (CF, arts. 131 e 132) à Advocacia Pública. Tal mister pode ser concretizado por meio de diversos atos capazes de instrumentalizar de forma célere e eficiente a incidência dos precedentes judiciais, tais como portarias, pareceres, instruções normativas, dentre outros.

Nessa conjuntura, como medidas de racionalização e eficiência, defende-se o alargamento do âmbito de incidência dos atos editados pela Advocacia Pública para além das fronteiras do ambiente judicial. Isto é, a orientação jurídica utilizada como baliza e fundamento pelos advogados públicos na atuação contenciosa da Fazenda Pública também deve servir para regular o agir administrativo. Afinal, além da questão relativa à capacidade técnica de que dispõe a Advocacia Pública, não é eficiente restringir a eficácia de tais atos aos processos judiciais, deixando de extrair deles o máximo de aproveitamento possível.

Além do mais, não se pode ignorar que é incumbência dos advogados públicos pensar e estruturar não apenas a forma como o Poder Público litiga em juízo, mas também a maneira como ele age nas suas relações jurídico-administrativas. Para que ocorra a redução da litigiosidade das questões administrativas, o Estado deve agir com foco na prevenção, mediante a efetivação espontânea e igualitária daqueles direitos que já estejam amparados por precedentes vinculantes. E, para isso, a edição de “atos normativos adaptativos” revela-se de essencial importância.

5.3. A partir de que momento o precedente é aplicável administrativamente?

A identificação do momento a partir do qual o precedente passa a ter eficácia é de fundamental importância para que se viabilize a sua adequada aplicação no âmbito da Administração Pública.

Nesse contexto, alguns questionamentos precisam ser enfrentados.

O trânsito em julgado seria ou não requisito para a aplicabilidade administrativa do precedente? Em matérias que possuam fundamentação infraconstitucional e constitucional, aptas a ensejar a interposição de recurso especial e extraordinário, seria necessário aguardar o

posicionamento do STF sobre a questão constitucional envolvida ou a Administração estaria obrigada a aplicar administrativamente o entendimento firmado pelo STJ? E quando ainda estiverem pendentes de apreciação embargos de declaração?

5.3.1. A eficácia do precedente como paradigma a partir do julgamento

Há muito, prevalece o entendimento a respeito da desnecessidade de trânsito em julgado para fins de aplicabilidade da tese firmada no precedente. Há diversas decisões tanto do STJ⁴³⁰ quanto do STF⁴³¹ nesse sentido. Farta doutrina também compartilha desse mesmo posicionamento⁴³².

Além disso, o art. 1.040 do CPC estabelece como condição para seguimento dos processos sobrestados na origem a “publicação do acórdão paradigma”. Ou seja, o legislador processual não entendeu ser o trânsito em julgado condição para a aplicabilidade do precedente firmado.

Fredie Didier Jr.⁴³³, ao tecer comentários sobre a posição dos Tribunais Superiores sobre o assunto, afirma o seguinte:

O entendimento é correto e merece ser perfilhado. Se, para adotar uma decisão e segui-la como precedente, fosse necessário o trânsito em julgado, poderia haver um estímulo a protelações e a interposições de sucessivos recursos pela parte interessada, a fim de que não fosse seguida a orientação pelo mesmo ou por outros tribunais. Uma decisão torna-se precedente, sendo seguida a partir daí, não porque transitou em julgado, mas por conter uma *ratio decidendi* que merece aplicação nos casos sucessivos e por ter sido proferida por um tribunal que contém uma função paradigmática.

Entender de forma diversa é estimular litigância protelatória, além de ir de encontro à finalidade precípua do sistema de precedentes obrigatórios, que é incrementar a segurança jurídica, mediante a redução da dispersão jurisprudencial. Ademais, é preciso que seja levada

⁴³⁰ STJ, 4ª T., EDcl no AgRg no REsp 1.362.792/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 03/04/2014, DJe 14/04/2014; STJ, 4ª T., AgRg no REsp 1.350.940/RS, Rel. Min. Og Fernandes, j. 22/04/2014, DJe 20/05/2014; STJ, 2ª T., EDcl no AgRg no Ag 1.067.829/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 09/10/2012, DJe 31/10/2012. AgRg no REsp 1381003/RN; AgRg no REsp 1296196/RS.

⁴³¹ ARE 673.256/RS; AgR; ARE 686.607-ED/RS; RE 677.589-AgR-ED/SP; RE 1.112.500/ES; AgRg no ARE 673.256/RS.

⁴³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2018, v. III. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, p. 1.399. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIVEIRO, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*: Artigo por Artigo. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016, p. 1.686.

⁴³³ DIDIER JR., Fredie. *Adoção da tese firmada em recurso especial repetitivo. Desnecessidade de trânsito em julgado*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-158/>. Acesso em 30 de jun. 2019.

em consideração a excessiva demora que costuma ocorrer para que as decisões transitem em julgado no âmbito das Cortes Superiores.

No Recurso Extraordinário 661.256/SC, por exemplo, o STF firmou entendimento sobre a inviabilidade jurídica do instituto da “desaposentação”, fixando a seguinte tese: “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91". Embora o julgamento tenha ocorrido em 26/10/2016, ainda estão pendentes de apreciação embargos de declaração, opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em 11/10/2017.

Se a eficácia do precedente ficasse condicionada ao trânsito em julgado da decisão, ainda hoje estariam sendo objeto de concessão judicial inúmeras “desaposentações”, o que, obviamente, não é condizente com a segurança jurídica almejada pelo sistema de precedentes. Além do mais, raramente ocorre alguma alteração substancial no julgamento dos Tribunais Superiores via aclaratórios. Afinal, a tese firmada pelo tribunal já está suficientemente amadurecida e devidamente posta no julgado; os embargos de declaração se prestam, na maioria das vezes, apenas para clarificá-la, se for o caso⁴³⁴.

Outro exemplo refere-se ao Recurso Extraordinário 547.706/PR, o qual, apesar de ter sido julgado, em 15/03/2017, ainda não transitou em julgado em virtude de ainda estarem pendentes de apreciação embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional⁴³⁵, em 31/10/2017. No citado RE, foi fixada a seguinte tese: “o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS”. O STF, acolhendo o pleito dos contribuintes, afastou o entendimento anteriormente sedimentado pelo STJ em sentido oposto, no REsp 1.144.469/PR.

O fato é que essa demora está ocasionando um grave cenário de insegurança jurídica e intensa divergência jurisprudencial no âmbito da Administração Tributária Federal. É que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) vem adotando três linhas distintas de entendimento a respeito do assunto: *i*) afastamento da tese fixada no RE 574.706/PR, ao fundamento de que não se trata de “decisão definitiva”⁴³⁶; *ii*) determinação de sobrestamento

⁴³⁴ Não se está aqui ignorando a possibilidade de atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração. Porém, essa possibilidade não consiste na função ordinária dos aclaratórios.

⁴³⁵ Os citados embargos de declaração possuem como principal objetivo a modulação dos efeitos da decisão, fundamentando-se, primordialmente, em questões orçamentárias.

⁴³⁶ Representativo desse entendimento é o Acórdão n.º 3402006.257⁴³⁶, julgado pela 2ª Turma da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF, em sessão realizada no dia 26 de fevereiro de 2019, sob a sistemática de recursos repetitivos regulamentada pelo art. 47, §§ 1º e 2º, do Anexo II do RICARF. Nesse julgamento, foi aplicada a tese firmada

do processo administrativo até o trânsito em julgado do RE 574.706/PR⁴³⁷; *iii*) aplicabilidade imediata do RE 574.706/PR, independentemente do trânsito em julgado⁴³⁸. Essa divergência decorre da regra constante do art. 62, §2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF, que condiciona a aplicabilidade dos precedentes firmados pelo STF e STJ à existência de “decisão definitiva de mérito”⁴³⁹.

Como se percebe, as duas primeiras linhas discrepam do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, que, reiteradamente, já se manifestaram pela desnecessidade do trânsito em julgado para fins de aplicabilidade do precedente. Aliás, a redação do art. 62, §2º, do Anexo II do Regimento Interno do CARF também merece ser criticada pelo mesmo motivo.

Se a tese fixada pelo STF já está sendo amplamente reconhecida e aplicada pelos órgãos jurisdicionais⁴⁴⁰ – até mesmo pelo próprio STJ que se posicionava no sentido antagônico⁴⁴¹ – não há o menor sentido que o CARF se mostre reticente em adotá-la. Essa postura além de ensejar um tratamento jurídico diferenciado e mais benéfico para aqueles contribuintes “com sentença”, ainda acarreta a proliferação desmedida de demandas, já que o contribuinte que teve seu recurso desprovido no CARF, muito provavelmente, acionará o Judiciário. Enfim, cuida-se de questão repetitiva que compromete, desnecessariamente, tanto o sistema de distribuição de justiça quanto o Erário (ao submeter o Poder Público ao pagamento de encargos sucumbenciais que poderiam ter sido evitados).

É preciso atentar para o fato de que os referidos embargos de declaração opostos pela PGFN possuem como principal objetivo a modulação dos efeitos da decisão, embasando-se,

pelo STJ, no REsp 1.144.469/PR, no sentido da legitimidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS.

⁴³⁷ Entendimento adotado nas Resoluções nº 3401-001.380 e nº 3401-001.387 da 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 3ª Seção do CARF.

⁴³⁸ Nesse sentido, veja-se o Acórdão 3301-004.355, da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 3ª Seção de Julgamento.

⁴³⁹ § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).

⁴⁴⁰ STUCKY, Thales. Exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Por voto de qualidade, CARF ainda resiste a seguir o STF. “Já existe um número considerável de decisões transitadas em julgado no país assegurando o direito à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS. Assim, em verdade, a não-aplicação do decidido no RE 574.706/PR é que ocasionaria prejuízos à segurança jurídica”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-carf/exclusao-do-icms-da-base-de-calculo-do-pis-e-da-confis-20082019>

⁴⁴¹ O reconhecimento do precedente firmado pelo STF já vem sendo feito de forma reiterada pelo STJ, cf: AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.355.713 – SC, DJ 24/08/2017; AgInt no AgRg no AgRg no Ag, em REsp 430.921 – SP, DJ 07/11/2017; AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, DJ 24/08/2017; AgInt nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1063262/SC, DJe 19/04/2017.

precipuaente, em argumentos de índole financeira. Por seu turno, a modulação de efeitos constitui medida excepcional, que só se justifica quando a alteração do entendimento jurisprudencial possa acarretar prejuízo ao interesse social e à segurança jurídica, a teor do que dispõe o §3º do art. 927 do CPC.

Outrossim, tanto o STJ⁴⁴²⁻⁴⁴³ quanto o STF demonstram certa resistência em aplicar a técnica da modulação dos efeitos. No RE 593.170, por exemplo, a despeito de ter havido brusca mudança de entendimento jurisprudencial, a Corte resolveu por não modular os efeitos. Na ocasião, o Min. Edson Fachin, ao comentar a previsão do §3º do art. 927 do CPC, destacou que a modulação "se trata de faculdade processual conferida ao STF, em caso de alteração da jurisprudência dominante, condicionada à presença de interesse social e em prol da segurança jurídica". De acordo com o ministro, não há relação de causalidade entre a mudança de entendimento jurisprudencial e a adoção da técnica de superação prospectiva de precedente.

As estatísticas sobre a modulação levantadas pelo Centro de Estudos de Desenvolvimento Econômico e Social (CEDES) revelam que, em questões tributárias, o STF já recebeu 25 pedidos de modulação, sendo que 17 deles foram negados, só tendo havido modulação em apenas 8 casos⁴⁴⁴. Desses 8, apenas 1 envolvia ações de contribuintes com pedidos de restituição de pagamentos indevidos⁴⁴⁵. Afora isso, não houve, na hipótese, alteração de jurisprudência no âmbito do STF, que justifique a modulação, como exige o §3º do art. 927 do CPC, vez que, há bastante tempo, o STF se posiciona pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS⁴⁴⁶.

Quer-se com isso dizer que a mera possibilidade de modulação dos efeitos não é suficiente para, por si só, destituir a eficácia da decisão como paradigma. Não é razoável que inúmeros casos fiquem sobrestados, na pendência de uma solução, apenas por existir a

⁴⁴² Ao votar no RE 377.457, a Min. Cármen Lúcia defendeu que "a ideia de modular efeitos deve ter alguns parâmetros que a jurisprudência, ao longo do tempo, haverá de fixar. Penso que haverá de ser demonstrada a excepcionalidade da situação, a possibilidade de insegurança jurídica, quando se encaminhava a sociedade a acreditar numa jurisprudência num determinado sentido (...)"

⁴⁴³ Sobre esse assunto, cf: PEIXOTO, Ravi. Resistência do Superior Tribunal de Justiça em modular efeitos é evidente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-13/ravi-peixoto-resistencia-stj-modular-efeitos-evidente>. Acesso em 25 de ago. 2019.

⁴⁴⁴ Informação disponível em: <https://www.valor.com.br/legislacao/6395717/supremo-aplica-modulacao-poucos-processos-tributarios>. Acesso em 20 de ago. 2019.

⁴⁴⁵ STF, ADI/MG nº 3106, Relator Min. Luiz Fux, DJE 06/05/2019. Essa ADI é outro exemplo que ilustra a excessiva demora que costuma ocorrer no trâmite dos processos nos Tribunais Superiores. Embora o julgamento da ADI tenha ocorrido em 14/04/2010, o trânsito em julgado só se deu em 22/05/2019, após o julgamento dos embargos de declaração para fins de modulação dos efeitos em 20/05/2015.

⁴⁴⁶ No RE 240.785/MG, o STF também entendeu pela inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, porém o recurso não havia sido submetido à sistemática da repercussão geral.

probabilidade de modulação dos efeitos. Caso o STF venha a decidir pela modulação, a Fazenda Nacional poderá se valer da ferramenta da ação rescisória para questionar as decisões transitadas em julgado, podendo, inclusive, reaver as quantias eventualmente desembolsadas, se for o caso.

Em sendo assim, no exemplo relativo à inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS, a tese fixada pelo STF, no RE 547.706/PR, detém eficácia vinculante em relação aos órgãos jurisdicionais e administrativos desde o julgamento do citado Recurso Extraordinário. Enfim, formado o precedente vinculante pelo julgamento do caso paradigma, a sua observância deve ser efetivada tanto nos processos judiciais quanto nos administrativos, ainda que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão.

5.3.2. O sobrestamento e a eficácia do precedente

Como examinado no tópico anterior, a partir do julgamento pelos tribunais, a decisão já deverá ser utilizada como paradigma nos processos judiciais e administrativos que versem sobre a matéria que tenha sido objeto do precedente vinculante. Porém, não há que se falar em aplicação do precedente (nem jurisdicional, nem administrativa) quando tiver sido determinado o sobrestamento dos processos judiciais.

O “sobrestamento” consiste na suspensão temporária de causas similares cuja matéria discutida esteja afetada para julgamento em sede de recursos excepcionais repetitivos, de incidente de resolução de demandas repetitivas e de repercussão geral (arts. 1.029, §4º; 982, §3º; 1.035, §5; 1.036, §1º, 1.037, II, do CPC). A principal finalidade do instituto é a busca pela segurança jurídica, pela isonomia e pela economia processual, evitando a prolação de decisões judiciais conflitantes sobre matéria que já esteja sob a jurisdição do Tribunal competente para definir a interpretação jurídica válida⁴⁴⁷⁻⁴⁴⁸.

Com a publicação do acórdão paradigma, cessa-se, automaticamente, o sobrestamento, nos termos do art. 1.040, III, do CPC. Todavia, é possível extrair do ordenamento processual meios para manutenção do sobrestamento após o julgamento do acórdão paradigma ou até mesmo determinar o sobrestamento em hipóteses não previstas no Código. É que o CPC

⁴⁴⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. Execução e Recursos – Comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017, p. 1206.

⁴⁴⁸ “A segurança jurídica prevista no Código de Processo Civil de 2015, representa o cânone que consagra diversos mecanismos para o sobrestamento de causas similares com vistas à aplicação de orientação uniforme em todos eles”. (STF, Primeira Turma, Ag Reg. Na Petição 8.002/RS, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 12/03/2019).

estatui, no parágrafo único do seu art. 998, a possibilidade de “suspensão da eficácia da decisão”, quando, da imediata produção dos seus efeitos, houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação e ficar demonstrada a viabilidade recursal.

A finalidade ordinária do dispositivo é atribuir efeito suspensivo para impedir a produção imediata dos efeitos da decisão, afastando a possibilidade de execução provisória da condenação. É bem verdade que a execução do julgado e a aplicabilidade do precedente são coisas distintas. Entretanto, nada impede que o efeito suspensivo também possa ser concedido para obstar a aplicabilidade da decisão paradigma como precedente vinculante, mesmo porque a expressão utilizada no dispositivo, “eficácia da decisão recorrida”, possui aptidão para abranger tanto a execução do comando da decisão como a aplicabilidade do precedente por ela formado.

Acrescente-se ainda o poder geral de cautela (arts. 301, 297 e 932, II, do CPC), que também pode servir de substrato normativo para a determinação da suspensão da eficácia da decisão como precedente, mediante a imposição de sobrestamento dos demais processos em curso que tratem da mesma matéria.

A propósito, o STF, recentemente, reconheceu a possibilidade de sobrestamento a partir da concessão de efeito suspensivo a Recurso Extraordinário que não havia sido sequer distribuído⁴⁴⁹. No Agravo Regimental na Petição 8002, fora determinada a “suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, em qualquer fase e em todo o território nacional, que versem sobre a extensão do ‘auxílio-acompanhante’, previsto no art. 45 da Lei 8.213/1991 para os segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social.”

Trata-se de caso em que o STJ, sob a sistemática dos repetitivos, no REsp 1.648.305/RS⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹, havia entendido pela possibilidade da extensão do direito à percepção do “auxílio-acompanhante” (adicional de 25% do art. 45 da Lei 8.213/1991), a todas as modalidades de aposentadoria. Julgado o recurso e firmada a tese, cessou-se o sobrestamento. A consequência lógica, a partir de então, seria a aplicação imediata da tese fixada no

⁴⁴⁹ O Recurso Extraordinário havia sido interposto concomitantemente com o Recurso Especial, e apenas foi remetido para o STF, em 06/06/201 (protocolado sob o nº 1215714), após o processamento do Recurso Especial.

⁴⁵⁰ STJ. 1ª Seção. REsp 1.648.305-RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Rel. Acđ. Min. Regina Helena Costa, julgado em 22/08/2018.

⁴⁵¹ Anteriormente, a posição do STJ era no sentido justamente oposto, entendendo-se como indevida a extensão do adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/19991 a outros benefícios que não a aposentadoria por invalidez.

paradigma em todos os processos que estavam sobrestados, antes mesmo da análise da questão constitucional ventilada no Recurso Extraordinário.

Entretanto, a Procuradoria-Geral Federal protocolou, com fundamento no art. 1.029, §5º, I, do CPC, petição para a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário (que, como dito, ainda seria remetido ao STF). O que o INSS pretendia era evitar a aplicabilidade do precedente no lapso temporal compreendido entre o julgamento do STJ e a análise da repercussão geral. É que, a teor do que dispõe o §5º do art. 1.035 do CPC, o sobrestamento dos processos pendentes constitui medida a ser efetivada apenas a partir do reconhecimento da repercussão geral do Recurso Extraordinário. Nesse passo, a pretensão do INSS era manter o sobrestamento dos processos até a análise da repercussão geral, fundamentando o perigo de dano irreparável, primordialmente, em argumentos pragmáticos de índole financeira. De acordo com a autarquia previdenciária, caso a tese do STJ começasse a ser aplicada pelos órgãos jurisdicionais, isso iria acarretar impacto bilionário aos já combalidos cofres públicos.

Inicialmente, o requerimento foi negado monocraticamente pelo relator. Dessa decisão denegatória, o INSS interpôs Agravo Regimental, o qual, por sua vez, restou acolhido, concedendo-se efeito suspensivo para determinar o sobrestamento de todos os processos em curso que versassem sobre a matéria, providência esta que, como dito acima, ocorreria apenas em uma etapa posterior, quando da análise da existência da repercussão geral do Recurso Extraordinário (art. 1.035, §5º, CPC).

O STF entendeu que “o efeito suspensivo conferível ao Recurso Extraordinário pode envolver a antecipação da eficácia de todos os consectários processuais de seu processamento, inclusive a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (art. 1.035, §5º, do CPC/2015), no exercício do poder geral de cautela (arts. 301 e 932, II, do CPC/2015).” Nas palavras do Relator, o Ministro Luiz Fux, “a possibilidade de cumprimento imediato do julgado acarreta risco sistêmico, passível de afastamento por meio de efeito suspensivo no Recurso Extraordinário”.

Com efeito, no entender da Corte, o sobrestamento constituía medida indispensável para afastar o risco de grave dano irreparável ao INSS. Consta do voto do relator que “o quadro apresentado indica que a eficácia imediata do acórdão recorrido representa grave risco para as contas públicas, revelando-se particularmente preocupante no cenário de crise fiscal e econômica atual”. Aliás, os argumentos de natureza consequencialista tiveram um relevante peso na decisão. Inclusive, a ementa faz alusão ao art. 20 da Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro, dispositivo este que determina a observância, pelas esferas administrativa, controladora e judicial, das consequências práticas da decisão⁴⁵².

Por tudo isso, conclui-se que, embora o precedente já possua aplicabilidade (jurisdicional e administrativa) desde o julgamento do paradigma, o ordenamento processual traz a figura do “sobrestamento” para obstaculizar temporariamente essa eficácia em determinadas hipóteses. E a Fazenda Pública, caso disponha de relevante argumentação jurídica, terá como postular a atribuição de efeito suspensivo ao recurso para impedir a eficácia do precedente naqueles casos em que o sobrestamento já tenha sido levantado ou, até mesmo, quando essa ferramenta não esteja prevista expressamente no Código como efeito processual aplicável.

5.4. O aparato normativo existente no ordenamento brasileiro para a aplicação administrativa dos precedentes judiciais

Embora o dever de vinculação administrativa aos precedentes judiciais possa ser extraído diretamente do sistema jurídico-constitucional brasileiro⁴⁵³ (independentemente de expressa determinação legal), é possível encontrar, no ordenamento pátrio, disposições normativas que reconhecem e valorizam, em alguma medida, a aplicação administrativa dos precedentes, com a nítida pretensão de reduzir a presença do Poder Público em juízo.

O objetivo desse tópico é, justamente, tratar desse aparato normativo. Serão analisadas a seguir, apenas a título exemplificativo, algumas das normas que versam sobre a influência da jurisdição na atividade administrativa do Estado.

5.4.1. A Lei Complementar 73/1993 e o Decreto Federal 2.346/1997

De acordo com o art. 4º, XI e XII, da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), é atribuição do Advogado-Geral da União “unificar a jurisprudência administrativa”, “garantir a correta aplicação das leis” e, ainda, “editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais”.

⁴⁵² Consta do item 2 da ementa que “o magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer o seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os Juízes alocam recursos escassos”. (STF, AgReg na Petição 8.002, 1ª Turma, Relator Min. Luiz Luz, julgado em 12/03/2019).

⁴⁵³ Sobre o assunto, remete-se o leitor para o item “2.3. a desnecessidade de autorização normativa expressa”.

É evidente que “garantir a correta aplicação das leis” passa, necessariamente, pela observância da interpretação conferida pelos Tribunais constitucionalmente competentes para atribuir sentido ao Direito. Ou seja, se cabe ao Judiciário, no exercício da função jurisdicional, definir a forma de aplicação das leis, a atribuição conferida ao Advogado-Geral da União de “garantir a correta aplicação das leis” deve ser desempenhada à luz dos precedentes judiciais.

As súmulas da AGU, por sua vez, possuem a finalidade de promover a uniformidade na atuação institucional, mediante a consolidação de entendimentos em enunciados. É bom que se observe, entretanto, que o dever de vinculação às súmulas restringe-se aos membros da AGU, como se pode concluir da redação art. 43 da Lei Complementar 73/1993⁴⁵⁴. Em sendo assim, essas ferramentas não podem ser utilizadas diretamente pelos órgãos e entidades integrantes da Administração Federal.

A despeito disso, o ato Regimental n. 1, de 2 de junho de 2008, editado pela Advocacia-Geral da União⁴⁵⁵, dispõe que os membros da Advocacia-Geral da União, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil, que estejam em exercício em órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos, além de estarem autorizados a reconhecer pedidos administrativos, possuem a obrigação de orientar os órgãos e autoridades junto aos quais atuam a deferir administrativamente postulações, cujos fundamentos estejam em integral consonância com súmula da AGU.

Logo, embora as súmulas da AGU possuam aplicabilidade restrita aos órgãos jurídicos internos, elas também se prestam para embasar a atividade de assessoramento jurídico da Administração Pública Federal. O grande problema, como já ressaltado no item 2.1.1, é que essas súmulas são, na prática, subutilizadas pela AGU⁴⁵⁶.

Ademais, a Lei Complementar 73/1993 também prevê um instrumento jurídico para vincular diretamente a atividade dos órgãos e entidades que compõem a Administração Federal, que são os pareceres do Advogado-Geral da União, aprovados e publicados juntamente com o despacho presidencial (Art. 4º, §1º, LC 73/1993)⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Art. 43. A Súmula da Advocacia-Geral da União tem caráter obrigatório quanto a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 desta lei complementar.

⁴⁵⁵ Disponível em: http://www.lex.com.br/doc_1302721_ATO_REGIMENTAL_N_1_DE_2_DE_JULHO_DE_2008.aspx. Acesso em 21 de jun. 2019.

⁴⁵⁶ Para não tornar a leitura repetitiva, remete-se o leitor ao item “2.1.1. Os precedentes judiciais no ambiente jurisdicional”.

⁴⁵⁷ A lista dos pareceres vinculantes pode ser acessada em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/327966.

Em complementação à disciplina trazida na Lei Complementar 73/1993, o Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, segundo sua ementa, “consolida normas de procedimentos a serem observadas pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais”.

O art. 1º do referido decreto determina que “as decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta”. O escopo do dispositivo é que a Administração Federal respeite, no desempenho de suas atividades, a interpretação do direito constitucional conferida pela Corte competente para resguardar a autoridade da Constituição Federal.

Já o seu art. 1º-B estabelece a competência do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão para se manifestarem sobre a “extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais proferidas em casos concretos” contra a União, suas autarquias e fundações públicas em matéria de pessoal civil.

Na mesma linha, o seu art. 6º, §1º, dispõe que o Ministro do Estado da Previdência e Assistência Social, ouvida a Consultoria Jurídica, poderá determinar que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS proceda à adequação de seus procedimentos à “jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores”.

Como se vê, os últimos dois dispositivos citados acima possuem aplicabilidade restrita para algumas matérias: o art. 1º-B é aplicável apenas às decisões judiciais que versem sobre “matéria de pessoal civil”, enquanto o art. 6º, §1º, refere-se, especificamente, ao INSS. De qualquer forma, a referência aqui é apenas para demonstrar a preocupação do legislador – bastante antiga – em conferir eficácia administrativa a determinados precedentes judiciais.

5.4.2. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)

Em 25 de abril de 2018, foi promulgada a Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB⁴⁵⁸) diversas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. A referida lei trouxe maiores responsabilidades aos aplicadores do Direito no Brasil; a intenção foi delimitar o *modus operandi* daqueles que prolatam decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial.

⁴⁵⁸ Importante destacar que a LINDB possui abrangência nacional, sendo de observância obrigatória por todas as unidades da Federação.

O principal objetivo do legislador foi prestigiar a segurança jurídica e a noção de eficiência nas relações entre o Estado e os particulares, privilegiando aspectos de ordem pragmática. É nítida a presença de uma abordagem consequencialista nas novas disposições⁴⁵⁹. Os artigos 20⁴⁶⁰ e 21⁴⁶¹ da LINDB, por exemplo, deixam clara a necessidade de que sejam observadas as consequências práticas das decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial. A ideia “é introduzir uma boa dose de pragmatismo e contextualização na interpretação e operação das normas de direito público”⁴⁶².

Embora esses dispositivos não tratem especificamente sobre a influência da atividade jurisdicional na Administração, é possível extrair deles mais um respaldo normativo para justificar a vinculação administrativa aos precedentes. Isso porque todas as vezes que a Administração se mostra reticente em adotar a interpretação veiculada em precedente vinculante, não estão sendo considerados os aspectos práticos dessa postura. Se a judicialização de questão administrativa que encontra respaldo jurisprudencial em sentido favorável ao administrado acarretará, invariavelmente, a condenação do Poder Público, reconhecer o direito, ainda na seara administrativa, é uma medida que, antes de tudo, leva em consideração os efeitos pragmáticos que o não reconhecimento poderia ocasionar.

Já o art. 30 da LINDB dispõe o seguinte:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Pode-se dizer que o legislador positivou um verdadeiro dever para os aplicadores do Direito no Brasil, o de atuar em prol da segurança jurídica. É evidente o potencial normativo desse dispositivo para fundamentar a necessidade de observância administrativa aos precedentes judiciais. Primeiro, porque os “regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas” são atos corriqueiramente utilizados na prática administrativa para a orientação

⁴⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro* – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, Rio de Janeiro: FGV, 2018.

⁴⁶⁰ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

⁴⁶¹ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

⁴⁶² JORDÃO, Eduardo. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica, In: *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro* – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, Rio de Janeiro: FGV, 2018

jurídica dos entes públicos. Além disso, não há como dissociar, principalmente depois do CPC-2015, o aumento de segurança jurídica na aplicação das normas da teoria dos precedentes obrigatórios. No contexto atual, falar em “aplicar as normas com segurança jurídica” remete, automaticamente, à necessidade de respeito aos precedentes.

É bem verdade que essa lei poderia ter avançado muito mais no que diz respeito à aplicação administrativa dos precedentes judiciais. E, diga-se de passagem, era uma ótima oportunidade para isso. É que, considerando que a vinculação da Administração aos precedentes judiciais representa um imperativo lógico da segurança jurídica e da eficiência (dentre outras normas constitucionais) e se a disciplina legal teve como objetivo justamente incrementar a eficácia dessas normas constitucionais no Direito Público, não há dúvida de que o contexto normativo era realmente muito favorável para que fosse inaugurada uma normatização mais aprimorada sobre a matéria. A despeito disso, não há como negar que as disposições analisadas acima representam, em alguma medida, um avanço louvável para a superação de antigos paradigmas enraizados na tradição jurídica do Direito Administrativo.

Mais uma vez, importante deixar claro que não se está afirmando aqui que o dever de vinculação administrativa aos precedentes dependa de expressa previsão legal. Porém, não há como negar que uma regulamentação normativa mais aperfeiçoada e alinhada ao sistema de precedentes do CPC-2015 serviria como relevante fator de estímulo para a criação de uma efetiva cultura administrativa de respeito aos precedentes.

5.4.3. A formatação de aplicação de precedentes adotada pela Administração Federal Tributária

A Lei 10.522/2002, além de normatizar a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) em juízo, também o faz em relação à Administração Fazendária, ao dispor sobre a atividade dos auditores da Receita Federal do Brasil (RFB)⁴⁶³.

A Portaria Conjunta PGFN/RFB 01/2014, regulamentando o disposto nos §§ 4º, 5º e 7º do art. 19 da Lei 10.522/2002 (com redação dada pela Lei nº 12.844/2013), disciplinou as rotinas e os procedimentos a serem adotados no âmbito da PGFN e da RFB, para fins de adequação da atividade administrativa fiscal aos julgamentos proferidos pelo STF (em

⁴⁶³ A propósito, a Lei 10.522/2002 foi fruto de significativas alterações pela Medida Provisória 881, de 2019, a qual, além de outras mudanças, passou a tratar da vinculação administrativa da Receita Federal em dispositivo apartado, o art. 19-A.

controle concentrado de constitucionalidade ou sob o regime da repercussão geral) e pelo STJ (sob a sistemática dos casos repetitivos)⁴⁶⁴.

A aludida portaria prevê, como instrumentos de orientação para a correta aplicação administrativa dos precedentes judiciais, as chamadas “notas explicativas”⁴⁶⁵, que consistem em manifestações elaboradas pela PGFN – na condição de órgão de assessoramento jurídico – sobre os julgamentos desfavoráveis à Fazenda Nacional, com o intuito de delimitar os contornos da questão jurídica decidida (identificação da *ratio decidendi*) e prestar os esclarecimentos que se façam necessários à Administração Tributária no tocante às implicações administrativas dos precedentes firmados. Relevante destacar que tais atos se prestam a orientar tanto a atividade dos Procuradores da Fazenda Nacional, quanto a dos auditores fiscais, ou seja, não se restringem ao ambiente forense, irradiando efeitos para a esfera administrativa, o que, inegavelmente, preza pela noção de eficiência.

Nesse contexto, as “notas explicativas” viabilizam a adequada e satisfatória aplicação dos precedentes judiciais pela Fazenda Nacional, evitando que ocorra a problematização – e posterior judicialização – de questão administrativa já consolidada pelos Tribunais Superiores em sentido favorável ao contribuinte⁴⁶⁶.

De acordo com o *caput* e parágrafos do art. 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB 01/2014, a PGFN tem a incumbência de, no prazo de dez dias contados da publicação do acórdão, cientificar a RFB das decisões de interesse da Fazenda Nacional prolatadas pelo STF e STJ, alertando, quanto aos julgamentos desfavoráveis, a sua possível inclusão em lista de dispensa de contestação ou de recurso⁴⁶⁷, de modo a possibilitar que a RFB faça as considerações ou questionamentos pertinentes antes da efetiva inclusão⁴⁶⁸. Saliente-se que não ocorrerá vinculação administrativa nas matérias em que a PGFN decidir (motivadamente)

⁴⁶⁴ Importante ressaltar que tal portaria foi editada sob a égide da disciplina processual anterior, carecendo, portanto, de atualização para fins de adequação ao sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/2015. Inclusive, os dispositivos da Lei 10.522/2002, que motivaram a sua edição, foram sensivelmente alterados pela MP 881/2019.

⁴⁶⁵ O acervo das notas explicativas está disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos>.

⁴⁶⁶ Inclusive, a portaria fala expressamente em “vinculação” ao se referir a postura da RFB em relação aos precedentes. O §3º do art. 2º, dispõe que “a vinculação das atividades da RFB aos entendimentos desfavoráveis proferidos sob a sistemática dos arts. 543-B e 543-C do CPC ocorrerá a partir da ciência da manifestação a que se refere o *caput*”.

⁴⁶⁷ A lista de dispensa de contestação e recurso está disponível em: <https://www.pgfn.gov.br/assuntos/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/lista-de-dispensa-de-contestar-e-recorrer-art-2o-v-vii-e-a7a7-3o-a-8o-da-portaria-pgfn-no-502-2016#2.1>.

⁴⁶⁸ O § 2º do art. 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB 01/2014 dispõe que “a RFB, no prazo de até 30 (trinta) dias contado do recebimento da referida ciência, fará considerações ou questionamentos acerca da extensão, do alcance ou da operacionalização do cumprimento das decisões”. (de que diploma?)

continuar contestando ou recorrendo, desde que seja emitida nota explicativa com os motivos da insurgência⁴⁶⁹. É dizer, a vinculação administrativa apenas surge quando a PGFN já esteja reconhecendo em juízo a autoridade da tese firmada em seu desfavor. Caso contrário, a RFB deverá manter o entendimento administrativo prevalecente até que sobrevenha nova orientação da PGFN.

É nítida a preocupação institucional em promover-se um trabalho cooperativo e dialógico entre a PGFN e a RFB, de forma a aprimorar tecnicamente a utilização dos precedentes judiciais pela Fazenda Nacional (tanto no âmbito judicial quanto no administrativo)⁴⁷⁰.

Dentre as “notas explicativas” editadas pela PGFN, destaca-se, pela relevância do tema e o pelo trabalho participativo empreendido entre a Procuradoria e a Receita Federal, a nota SEI 37/2018/CRJ/PGACET/PGFN-MF, que tratou do julgamento do Recurso Extraordinário 330.817/RJ, no qual o STF fixou a seguinte tese: “A imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 aplica-se ao livro eletrônico (e-book), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo”⁴⁷¹.

O citado Recurso Extraordinário havia sido interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, tendo a União (Fazenda Nacional) participado do processo na condição de *amicus curiae*, por se tratar de julgamento cujos efeitos extravasavam os limites do processo paradigma, refletindo de forma impactante na esfera federal.

A nota explicativa elaborada pela PGFN sobre o RE 330.817/RJ analisa profunda e detalhadamente a decisão do STF, identificando a *ratio decidendi* do precedente. Inclusive, a PGFN, esclarecendo questionamento apresentado pela RFB quanto ao alcance do julgado, ampliou o âmbito de incidência da imunidade para incluir também os jornais e periódicos digitais, a despeito de estes não terem sido objeto de análise no julgado. Conforme esclarecido pela PGFN, “as razões de decidir expostas pelo STF quanto ao alcance da regra de imunidade

⁴⁶⁹ Geralmente, isso ocorre quando a matéria está consolidada desfavoravelmente no STJ, mas ainda existe viabilidade de submissão da controvérsia ao STF. Esses temas em que ocorrerá a manutenção da insurgência são objeto de detalhada justificação por parte da PGFN.

⁴⁷⁰ Também no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão colegiado integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, responsável por julgar recursos administrativos relativos a tributos federais, percebe-se uma significativa tendência de valorização dos precedentes firmados pelos Tribunais Superiores. O §2º do art. 62 do seu Regimento Interno determina que os conselheiros do CARF deverão reproduzir as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF e pelo STJ na sistemática dos recursos repetitivos (arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015).

⁴⁷¹ STF. Plenário. RE 330817/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/3/2017 (repercussão geral) (Info 856).

do art. 105, VI, 'd', da CF/88, são, a toda evidência, inteiramente aplicáveis aos jornais e aos periódicos eletrônicos”⁴⁷².

Por seu turno, analisando o mesmo julgamento sob a ótica da atuação da Administração Tributária do Estado do Rio de Janeiro (parte recorrente no RE 330.817/RJ), verifica-se um contexto de normatização e de atuação completamente diversos. Naquele Estado, foi editado (quase um ano depois do trânsito em julgado da decisão do STF⁴⁷³) parecer normativo pela Superintendência de Tributação do Estado do Rio de Janeiro⁴⁷⁴, a quem compete “baixar ato normativo sobre interpretação da legislação tributária”, nos termos do art. 82, II da Resolução SEFAZ 89, de 30 de junho de 2017. Aqui, a competência para editar o “ato normativo adaptativo” é atribuída ao próprio órgão fazendário, e não à instituição a quem a Constituição Federal atribuiu a competência de assessoramento jurídico do Poder Executivo, (a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGE/RJ). Para mais, diferentemente do que ocorre na Administração Tributária Federal, não se vislumbra um trabalho integrado entre a PGE/RJ⁴⁷⁵ e a respectiva Secretaria da Fazenda.

Por tudo isso, pode-se afirmar que a lógica procedimental estruturada pela Portaria PGFN/RFB nº 01/2014 representa um modelo eficiente e técnico de vinculação administrativa aos precedentes, que poderia servir de inspiração para as demais esferas da Administração Pública⁴⁷⁶.

5.5. As alternativas jurídicas viáveis diante do desrespeito administrativo aos precedentes judiciais: o ajuizamento de ação e de Reclamação Constitucional

A “vinculação administrativa aos precedentes judiciais” pode ser traduzida como o dever jurídico atribuído à Administração de observar os precedentes vinculantes no

⁴⁷² Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/arquivos-e-imagens/nota-sei-37-2018.pdf>.

⁴⁷³ Embora o RE 330.817 tenha transitado em julgado em 13/03/2018 apenas em 29/01/2019 foi editado Parecer Normativo regulando a questão administrativamente, enquanto no âmbito federal a edição da correspondente nota explicativa se deu em 06/06/2018.

⁴⁷⁴ Disponível em: http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/menu_structure/legislacao/legislacao-estadual-navigation/folder73?url70?_afLoop=5784561920539052&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC341028&_adf.ctrl-state=1cwc1eydjy_100.

⁴⁷⁵ Inclusive, a PGE/RJ apenas no ano de 2017 veio editar ato (Resolução PGE nº 4.099/2017) para facilitar a dispensa recursal nos processos em que for proferida decisão no mesmo sentido de precedente vinculante firmado pelos Tribunais Superiores.

⁴⁷⁶ Embora, como já ressaltado, seja preciso realizar a adequação da portaria ao sistema de precedentes vinculantes instituído pelo CPC/2015, sobretudo porque ela possui uma abrangência limitada, deixando de abarcar parte considerável dos precedentes vinculantes do art. 927 do CPC.

desempenho de suas atividades, em decorrência de diversos fundamentos de índole constitucional, tais como segurança jurídica, isonomia e eficiência⁴⁷⁷.

Se do ordenamento jurídico-constitucional é possível extrair o “dever administrativo de respeito aos precedentes vinculantes”, a etapa posterior é identificar que consequências jurídicas decorrem do seu desrespeito.

Quando o desrespeito é praticado pelos órgãos jurisdicionais, a depender da espécie de precedente violada, abrem-se duas alternativas possíveis ao jurisdicionado: a via recursal e o ajuizamento de Reclamação Constitucional. A propósito, de acordo com Hermes Zaneti Júnior⁴⁷⁸, para que um precedente seja considerado formalmente vinculante, deve haver algum instrumento técnico de controle, que geralmente corresponde à via recursal. Quando o ordenamento possibilita, além da via recursal, a via autônoma diretamente nos tribunais superiores *per saltum*, tem-se, segundo o autor, os “precedentes normativos formalmente vinculantes fortes”⁴⁷⁹. A propósito, essa nomenclatura será aqui adotada com a finalidade de identificar aqueles precedentes cuja ofensa poderá dar ensejo ao ajuizamento de reclamação.

Na mesma linha de pensamento, no âmbito administrativo, a autoridade dos precedentes também pode ser resguardada por dois meios: o ajuizamento de ação judicial – que é o caminho natural de controle – e de Reclamação Constitucional. Quando o precedente tido por violado pela Administração não autorizar o manejo de reclamação, restará ao administrado judicializar sua pretensão.

Enfim, os precedentes cuja inobservância (pelos órgãos jurisdicionais ou administrativos) não autorize o manejo de reclamação poderão ser preservados mediante a interposição dos recursos e ações pertinentes.

Importante deixar claro que a eficácia vinculante do precedente (tanto no ambiente jurisdicional quanto no administrativo) nada tem a ver com o cabimento de reclamação⁴⁸⁰. Mesmo quando não houver instrumento jurídico específico para fazer valer o dever de respeito aos precedentes, ainda assim é possível falar em “vinculação”. A eficácia vinculante

⁴⁷⁷ Sobre os fundamentos que justificam a vinculação da Administração aos precedentes judiciais, conferir o capítulo 3.

⁴⁷⁸ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes...cit.*, p. 351

⁴⁷⁹ No mesmo sentido, Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso defendem que os “precedentes normativos em sentido forte” devem ser obrigatoriamente observados pelas demais instâncias e seu desrespeito enseja reclamação, cf: MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 13.

⁴⁸⁰ “A ausência de reclamação não significa que o precedente não seria vinculante, porque ficaria sem proteção. A parte interessada pode se valer de outro meio impugnativo para fazê-lo incidir, e, por óbvio, este meio é o recurso”. (CRAMER, Ronaldo. *ob. cit.*, p. 188)

não depende necessariamente de uma ferramenta própria de controle, sendo perfeitamente possível falar em precedentes vinculantes sem que exista, em contrapartida, a previsão de reclamação ou outro mecanismo análogo. Inclusive, embora a Reclamação Constitucional seja um “instituto jurídico genuinamente brasileiro”⁴⁸¹, o ordenamento pátrio não é o primeiro a atribuir caráter vinculante a determinados precedentes. Daí por que “qualquer tentativa de determinar se um pronunciamento judicial é ou não dotado de eficácia vinculante a partir dos mecanismos existentes para sua impugnação se revela inadequado”⁴⁸².

A propósito, de acordo com Gustavo Azevedo, não é o cabimento da reclamação que fará um precedente vinculante, sendo uma questão de opção legislativa eleger a reclamação como meio de controle da aplicação dos precedentes. Segundo o autor, “a vinculação formal dos precedentes não se confunde com o cabimento da reclamação para controlar sua aplicação ou não observância”⁴⁸³.

A despeito disso, não há como negar que a previsão da reclamação é um elemento que fortalece o dever de respeito aos precedentes, possuindo relevante caráter didático para os operadores do Direito. O simples fato de existir um instrumento protetivo adicional, como a Reclamação Constitucional, incrementa, de forma significativa, o caráter cogente e a probabilidade de respeito espontâneo aos precedentes⁴⁸⁴. É dizer, desfrutar adicionalmente de um instrumento protetivo como a reclamação aumenta a força do precedente, tornando mais provável a sua observância.

5.5.1. Brevíssimos apontamentos sobre a Reclamação Constitucional

Pode-se conceituar a reclamação como uma ação autônoma de impugnação de ato judicial ou administrativo de competência originária de tribunal, que, caso julgada procedente, acarreta a cassação da decisão judicial ou a anulação do ato administrativo reclamado.

A natureza jurídica da reclamação sempre foi alvo de acirrado debate doutrinário e jurisprudencial. No âmbito do STF, a reclamação já foi considerada recurso⁴⁸⁵, direito de

⁴⁸¹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. A Reclamação Constitucional no direito comparado. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (org.). Reclamação Constitucional. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 335.

⁴⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. ob. cit., p. 137.

⁴⁸³ AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 172.

⁴⁸⁴ “Dessa forma, o precedente vinculante pode ter reclamação ou não. Esse dado diz respeito apenas ao grau de proteção confiado ao precedente vinculante”. (CRAMER, Ronaldo. Ob. cit., p. 188)

⁴⁸⁵ STF. Plenário. Rcl 831-DF, Rel. Min. Amaral Santos, j. 11.11.1970, DJ 19.2.1971.

petição⁴⁸⁶ e, mais recentemente, ao decidir-se pelo cabimento de honorários sucumbenciais em reclamação, foi reconhecida sua natureza de ação⁴⁸⁷. Apesar de todas essas divergências, o CPC-2015, alinhando-se com a doutrina majoritária⁴⁸⁸, não deixa margem para dúvidas quanto à natureza jurídica de ação da reclamação.

A Reclamação Constitucional foi, gradativamente, adquirindo normatividade e importância no ordenamento jurídico brasileiro. Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988⁴⁸⁹, ela já era admitida pela jurisprudência do STF e prevista no regimento interno daquela Corte⁴⁹⁰, com fundamento na “teoria dos poderes implícitos”⁴⁹¹, como medida útil para conferir efetividade às suas decisões e resguardar suas respectivas competências.

Com a Reforma do Judiciário pela EC 45/2004, a Reclamação Constitucional foi ainda mais valorizada, ao ser posta como instrumento jurídico hábil à anulação de *ato administrativo* ou à cassação de *decisão judicial* que contrariasse enunciado de súmula vinculante⁴⁹². A partir de então, a comunidade jurídica despertou para a importância do assunto, sobretudo porque começou a se multiplicar vertiginosamente a quantidade de reclamações ajuizadas no STF⁴⁹³.

A EC 92/2016 inseriu o §3º ao art. 111-A da CF/88 para possibilitar o ajuizamento de reclamação no Tribunal Superior do Trabalho, com vistas à preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

⁴⁸⁶ STF, Plenário, ADI 2212-CE, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 2.10.2003, DJ 14.11.2003.

⁴⁸⁷ STF, 1ª Turma, Rcl 24.417, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 16.3.2017.

⁴⁸⁸ Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo...cit.*, p. 738. LEONEL, Ricardo de Barros. *Reclamação Constitucional*. São Paulo: RT, 2011, p. 159-165. AZEVEDO, Gustavo. *Ob. cit.*, p. 106. DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *A Reclamação Constitucional no direito comparado*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 335. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A eficácia da Reclamação Constitucional*. In: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; COSTA, Eduardo José da Fonseca (org.). *Reclamação Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 382.

⁴⁸⁹ A CF/88 conferiu cariz constitucional à reclamação ao prevê-la nos artigos 102, I, *l* e 105, I, *f*.

⁴⁹⁰ “O Supremo Tribunal Federal começou a receber e julgar reclamações por volta da década de 1940, quando boa parte delas ainda parecia confundir-se com a correição parcial, embora alguns precedentes, como a Rcl 84 (Dj 23 jul. 1946) e a Rcl 90 (DJ 19 abr. 1948), já evidenciassem o caráter jurisdicional da medida”. (MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. *Reclamação Constitucional*. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. v. 3., p. 779)

⁴⁹¹ “Os poderes implícitos dos tribunais são necessários ao exercício dos seus poderes explícitos. Tendo os tribunais o poder explícito de julgar, têm o poder implícito de dar efetividade às próprias decisões e o de defender a própria competência. Para exercer esses poderes implícitos, concebeu-se a Reclamação Constitucional.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo...cit.*, p. 733).

⁴⁹² A “súmula vinculante”, regulamentada, posteriormente, pela Lei 11.417/2006, também foi novidade da “Reforma do Judiciário”.

⁴⁹³ AZEVEDO, Gustavo. *ob. cit.*, p. 57.

A primeira legislação a disciplinar – embora timidamente – a Reclamação Constitucional foi a Lei 8.038/1990, que trata dos recursos e ações de competência originária no STJ e no STF. Entretanto, os dispositivos que versavam sobre o instituto foram expressamente revogados pelo art. 1.072, IV do CPC-2015, diploma este que, nos artigos 988 a 993 (Parte Especial, Livro III, Título I, Capítulo IX), trouxe uma disciplina mais aprofundada e detalhada do assunto, elencando diversas regras sobre procedimento, hipóteses de cabimento, partes, legitimidades ativa e passiva, intervenção do Ministério Público, conteúdo da decisão etc⁴⁹⁴.

De acordo com o art. 988 do CPC⁴⁹⁵, cabe reclamação para: *i*) preservar a competência do tribunal; *ii*) garantir a autoridade das decisões do tribunal; *iii*) garantir observância de súmulas vinculantes e de decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade; *iv*) garantir a observância de acórdãos em julgamentos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) ou de Incidente de Assunção de Competência (IAC); *v*) garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgado de recursos extraordinário ou especial repetitivos, desde que, nessas duas últimas hipóteses, tenham sido esgotadas as instâncias ordinárias.

Como se vê, a legislação processual ampliou consideravelmente as hipóteses de cabimento da reclamação. Além daquelas que já eram admitidas pela Constituição Federal nos artigos 102, I, *l*; 105, I, *f* e 103-A, §3º, foram elencadas outras, intimamente relacionadas ao sistema de precedentes vinculantes. Acrescente-se, ainda, que passou a ser expressamente permitido o ajuizamento de reclamação em qualquer tribunal⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷ (CPC, art. 988, § 1º). A ideia é franquear acesso mais facilitado aos tribunais em caso de afronta àqueles precedentes tidos por “mais fortes”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 34.

⁴⁹⁵ Essencial destacar que o rol elencado no art. 988 é taxativo, já que a reclamação é uma demanda típica de fundamentação vinculada. Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo...cit.*, p. 750. AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 172. Em sentido contrário: XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. *Reclamação Constitucional e precedentes judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155-158.

⁴⁹⁶ “O CPC apenas veio a sedimentar o que a teoria dos poderes implícitos já embasava: todo e qualquer tribunal brasileiro é competente para apreciar reclamações, como forme de garantir a autoridade dos seus julgados e preservar suas competências explícitas”. AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 85.

⁴⁹⁷ Embora alguns tribunais já a previssem em seus regimentos internos, havia muita discussão sobre a possibilidade de ajuizamento em qualquer tribunal, já que, por ser instituto de natureza processual, argumentava-se que a competência para legislar sobre a matéria seria privativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF. Com o CPC/2015, sepulta-se essa discussão.

⁴⁹⁸ Diz-se que o acesso é facilitado porque a reclamação, além de permitir a submissão do caso diretamente ao tribunal (eficácia *per saltum*), ainda possui maiores chances de admissão quando comparadas aos recursos excepcionais. Na reclamação não se exige, por exemplo, o “prequestionamento”, nem “repercussão geral”.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o CPC-2015 representa um marco de especial relevância na regulamentação da reclamação no ordenamento jurídico pátrio, inaugurando uma nova etapa, denominada por Gustavo Azevedo, de “fase codificada da reclamação”⁴⁹⁹.

5.5.2. A Reclamação Constitucional como elemento do sistema de precedentes vinculantes

Como visto no tópico anterior, a reclamação ostenta, desde a sua gênese, duas funções principais no ordenamento brasileiro: a de preservação da competência dos tribunais e a de garantia da autoridade de suas decisões.

A reclamação fundada na primeira hipótese é ajuizada quando algum órgão, administrativo ou judicial, invade, por ato comissivo ou omissivo, a esfera competencial de um tribunal (desde que o órgão invasor esteja situado em nível hierárquico inferior ou submetido ao controle do tribunal que teve sua competência usurpada)⁵⁰⁰. Essa espécie de reclamação não será objeto de maior aprofundamento, já que não possui relação com o sistema de precedentes.

O que interessa aqui, mais precisamente, é a reclamação ajuizada para garantir “a autoridade das decisões dos tribunais”, uma vez que a necessidade de observância aos precedentes é abarcada por essa hipótese. “Quando se diz que cabe reclamação para ‘garantir a autoridade de decisão do tribunal’, a hipótese abrange o conteúdo final da decisão, o comando, a imposição, a norma concreta construída no caso, mas também o precedente”⁵⁰¹⁻⁵⁰². Isto é, a reclamação ajuizada para garantir a autoridade das decisões dos tribunais possui duas acepções distintas: ela pode ser utilizada tanto para fazer valer o dispositivo do julgado desrespeitado quanto para obrigar a observância da *ratio decidendi* extraída do precedente firmado⁵⁰³.

⁴⁹⁹ O autor propõe, com fins meramente didáticos, o “rearranjo da divisão histórica da Reclamação Constitucional” em três fases: a) fase pré-constitucional; b) fase constitucional; c) fase codificada, cf: AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 46.

⁵⁰⁰ AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação Constitucional no direito processual civil*, cit., p. 150.

⁵⁰¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, cit., p. 775.

⁵⁰² Em sentido contrário é a posição de Gustavo Azevedo, para quem a “autoridade da decisão” está relacionada ao desacato do comando inserto no dispositivo da decisão. Segundo o autor, “a função de garantir autoridade das decisões dos tribunais destina-se a assegurar o cumprimento daquilo que foi decidido nos dispositivos dos julgados”, cf: AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação Constitucional no direito processual civil*, cit., p. 13.

⁵⁰³ A propósito, o STF, ao julgar o RE 571.572, entendeu cabível, com fundamento no art. 105, I, *f*, o ajuizamento de reclamação contra decisão de turma recursal do juizado especial estadual que contrariasse jurisprudência do STJ. Ou seja, o STF entendeu que a expressão “autoridade da decisão” contida no dispositivo abarcava também os precedentes firmados pelo STJ.

Nessa conjuntura, os precedentes formalmente vinculantes elencados no art. 988 do CPC (incisos III e IV e ainda o §5º, II) representam, na verdade, uma explicitação da possibilidade conferida pelo inciso II do mesmo artigo, bem como pelos artigos 102, I, *l* e 105, I, *f* da CF/88, dispositivos estes que preveem o cabimento da reclamação para “garantir a autoridade das decisões”⁵⁰⁴.

A propósito, Rinaldo Mouzalas e João Otávio de Albuquerque advertem que “não há, no CPC/015, ampliação indevida das hipóteses constitucionais de cabimento da reclamatória. Isso porque o desrespeito à *ratio decidendi* da decisão (e não só do dispositivo) também representa ofensa à sua autoridade”⁵⁰⁵.

O CPC arquitetou a Reclamação Constitucional como o instrumento por excelência para *incrementar* a força vinculante de alguns dos precedentes formalmente vinculantes⁵⁰⁶. Em outros termos, “o CPC – por opção – elegeu a reclamação como mais um remédio hábil a controlar a observância e o erro na aplicação de certos precedentes ditos obrigatórios”⁵⁰⁷. Com isso, pode-se afirmar que a reclamação é, no contexto normativo atual, elemento integrante e estrutural do *stare decisis* brasileiro⁵⁰⁸.

Lucas Buril tece severas críticas à opção legislativa de previsão de reclamação como instrumento de respeito aos precedentes. Segundo o autor, o meio adequado para combater o desrespeito ao precedente deveria ser apenas o recurso, assim como acontece nos ordenamentos estadunidense e inglês. Defende que o manejo da reclamação, além de constituir uma medida autoritária, causa um empobrecimento no debate argumentativo em torno da formação dos precedentes, já que o amadurecimento e aprofundamento da discussão nas instâncias inferiores seria essencial para o bom funcionamento do *stare decisis*⁵⁰⁹.

É preciso discordar da opinião de Buril. Primeiramente, porque, da forma como argumenta, é como se o ajuizamento da reclamação acarretasse a prejudicialidade da via recursal, o que, todavia, não ocorre. “Na verdade, há mais ambiente para o debate”⁵¹⁰. Some-

⁵⁰⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, cit., p. 749.

⁵⁰⁵ MOUZALAS, Rinaldo; ALBUQUERQUE, João Otávio Terceiro Neto Bernardo de. Reclamação Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (org.). *Precedentes – Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. v. 3., p. 791.

⁵⁰⁶ Cumpre observar que a reclamação não se destina aos precedentes persuasivos, apenas servindo para preservar uma parcela dos precedentes formalmente vinculantes.

⁵⁰⁷ AZEVEDO, Gustavo. Ob. cit., p. 171.

⁵⁰⁸ Não obstante a via recursal continue sendo o mecanismo habitual de controle dos precedentes.

⁵⁰⁹ BURIL, Lucas. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*, cit., p. 488-493.

⁵¹⁰ AZEVEDO, Gustavo. Ob. cit., p. 172.

se a isso o fato de que, no bojo da própria reclamação, é possível realizar todas as técnicas de aplicação e superação de precedentes, sem qualquer prejuízo ao debate e à argumentação⁵¹¹.

Até que os operadores do Direito no Brasil assimilem, efetivamente, uma cultura de respeito e valorização dos precedentes, a Reclamação Constitucional representa, sem dúvida, uma importante ferramenta para assegurar a eficácia do sistema de precedentes, sobretudo por conta do caráter eminentemente pedagógico do instituto⁵¹²⁻⁵¹³. “E foi com esse objetivo deliberado que o novo Código ampliou as hipóteses de cabimento da reclamação.⁵¹⁴”

5.5.3. *O cabimento de Reclamação Constitucional contra ato administrativo que afronta precedente vinculante*

O objetivo deste tópico é analisar, especificamente, a Reclamação Constitucional como instrumento para fazer valer a autoridade de determinados precedentes quando o desrespeito estiver veiculado em *ato administrativo*. Vale adiantar, de antemão, a problematidade da questão. É que, como a Constituição apenas tratou explicitamente de reclamação contra ato administrativo em caso de desrespeito de súmula vinculante (art. 103-A, §3º), e considerando que existe regulamentação legislativa somente para essa hipótese (Lei 11.417/2006), à primeira vista, soaria intuitivo afirmar que, nas demais espécies de precedentes, o ato reclamado deveria ostentar, necessariamente, cunho jurisdicional.

Nesse sentido, é a posição de Gustavo Azevedo para quem “as demais hipóteses de cabimento de reclamação para assegurar aplicação de precedente não são cabíveis contra ato administrativo, à exceção de súmula vinculante, que possui regulamentação pela Lei 11.417/2006”⁵¹⁵. Ou seja, no entendimento do autor, a reclamação contra ato administrativo em caso de desrespeito à súmula vinculante é viável, porque regulamentada por lei específica.

Nesse ponto, discorda-se do referido doutrinador.

Primeiramente, é preciso atentar que a Lei 11.417/2006 tem por objetivo precípuo disciplinar os procedimentos de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula

⁵¹¹ AZEVEDO, Gustavo. Ob. cit., p. 172.

⁵¹² Ao contrário do que ocorre nos recursos, na reclamação não se opera o “efeito substitutivo”. Acolhida a reclamação, aquele que proferiu a decisão reclamada é obrigado a refazê-la em conformidade com o precedente tido por violado.

⁵¹³ Sobre o caráter pedagógico da reclamação, cf: VEIGA, Daniel Brajal. O caráter pedagógico da Reclamação Constitucional e a valorização do precedente. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 220, p. 59-60, jun. 2013.

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 920.

⁵¹⁵ AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 176.

vinculante, em cumprimento à exigência de lei regulamentadora feita pela parte final do art. 103-A da CF/88⁵¹⁶. Isto é, o referido diploma legislativo decorreu da imposição constitucional de regulamentação do procedimento para criação das súmulas vinculantes. A reclamação, em si, sequer precisaria estar disciplinada em lei. Mesmo que não houvesse disciplinamento legislativo a respeito do seu cabimento, ainda assim seria possível o ajuizamento de reclamação contra ato administrativo em caso de desrespeito à súmula vinculante, mesmo porque tal possibilidade decorre diretamente do texto constitucional (art. 103-A, CF/88).

Ademais, o constituinte, ao estabelecer a competência do STF (art. 102, I, *l*), do STJ (art. 105, I, *f*) e do TST (art. 111-A, §3º) para processar e julgar reclamação, não fez qualquer restrição em relação à natureza do ato reclamado, de modo que não cabe ao intérprete restringir o seu cabimento aos atos jurisdicionais. Se a ideia é franquear um instrumento jurídico de acesso mais facilitado aos tribunais sempre que estiver em jogo a preservação de sua competência ou a garantia da autoridade de suas decisões, não há razão para limitar o alcance do dispositivo apenas às decisões judiciais.

Do mesmo modo, a redação do art. 988 do CPC também não restringe o cabimento de reclamação aos atos jurisdicionais. A finalidade principal do art. 988 do CPC é delimitar o rol das hipóteses que autorizam o ajuizamento de reclamação, as quais constituem a causa de pedir da reclamatória. O que importa, para fins de cabimento, é que tenha ocorrido desrespeito a algum dos precedentes elencados no dispositivo, independentemente de o ato reclamado ser uma decisão judicial ou um ato administrativo. E isso, por sinal, em nada contradiz o fato de ser a reclamação “demanda típica de fundamentação vinculada”⁵¹⁷, já que a sua admissibilidade continuará restrita às hipóteses previstas no aludido rol.

Aliás, o art. 989, I⁵¹⁸, do CPC ao tratar de “autoridade” de forma genérica permite incluir tanto autoridade judicial quanto administrativa. Acrescente-se a isso o inciso II⁵¹⁹ do mesmo dispositivo que fala em “suspensão do processo ou do ato impugnado”, admitindo,

⁵¹⁶ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, *na forma estabelecida em lei*.

⁵¹⁷ “A reclamação é uma ação típica de fundamentação vinculada; significa dizer que seu cabimento é restrito às hipóteses específicas previstas na legislação e na Constituição”. (AZEVEDO, Gustavo. *ob. cit.*, p. 136).

⁵¹⁸ Art. 989. Ao despachar a reclamação, o relator: I – requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de 10 (dez) dias

⁵¹⁹ Art. 989. (...) II – se necessário, ordenará a suspensão do processo ou do ato impugnado para evitar dano irreparável.

com isso, que sejam abarcados pela expressão “ato impugnado” também os atos administrativos⁵²⁰.

Nessa linha de pensamento, ao comentar a natureza jurídica da reclamação e o rol do art. 988, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona:

"Esse dispositivo enuncia as hipóteses de cabimento da reclamação, instituto que hoje se entende, predominantemente, ter natureza de ação. A hipótese de considerá-la recurso fica afastada pela circunstância de ser cabível para impugnar *atos que não têm natureza jurisdicional*, desde que o caso se encaixe num dos incisos do art. 988 do NCPC"⁵²¹

A propósito, recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho, no Recurso Ordinário 737520175100000⁵²², entendeu ser equivocado restringir o cabimento de Reclamação Constitucional fundada no art. 988 do CPC apenas às decisões judiciais. Segundo o posicionamento daquela Corte, reputa-se plenamente cabível a reclamação contra ato administrativo, bastando que, para isso, o ato reclamado tenha invadido a competência do Tribunal, desrespeitado autoridade de sua decisão ou, ainda, não observado quaisquer dos precedentes indicados no art. 988 do CPC.

É preciso ter em mente que o que CPC visa incentivar, ao instituir a reclamação como elemento estrutural do *stare decisis*, é o respeito espontâneo aos precedentes considerados pelo legislador como “formalmente vinculantes fortes”. Se é assim, independentemente da natureza do ato reclamado – jurisdicional ou administrativo – caberá reclamação sempre que houver ofensa a qualquer dos precedentes elencados no rol do art. 988 do CPC.

5.5.4. Enfrentando o problema da enxurrada de reclamações

Tanto o STF quanto o STJ já demonstraram, em diversas ocasiões, grande inquietação com o acervo crescente de reclamatórias. É perceptível a preocupação do Judiciário com o potencial multiplicador dessas ações. Frequentemente, são utilizados argumentos de política

⁵²⁰ Em sentido contrário, Eduardo José da Fonseca Costa assevera, ao examinar o art. 988 do CPC, diz que “a legitimidade passiva é do órgão jurisdicional” (in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et alli (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 2.205). Na mesma linha, Patrícia Perrone Campos Mello e Luís Roberto Barroso defendem que “ressalvadas as súmulas vinculantes e as decisões proferidas em controle concentrado, os demais casos possibilitam o ajuizamento de reclamação contra decisões judiciais apenas. (MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 42)

⁵²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MELLO, Rogério Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo, 2. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: RT, 2016, p. 1570.

⁵²² TST. Órgão Especial. RO: 737520175100000, rel. Min. Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 10/12/2018, Data de Publicação: DEJT 19/12/2018.

judiciária na tentativa de obstaculizar o acesso *per saltum* aos tribunais. E não há como negar que institucionalizar a possibilidade de reclamação em face de *ato administrativo* para garantir a observância aos precedentes “formalmente vinculantes fortes” pela Administração Pública impactará, de forma significativa, o quantitativo de reclamações nos tribunais.

É bem verdade que o volume de reclamações jamais pode ser considerado argumento juridicamente suficiente para restringir suas hipóteses de cabimento. Se está ocorrendo uma avalanche de reclamações para a garantir a observância de precedente, é porque o *stare decisis* não está cumprindo a contento o papel para o qual foi idealizado, qual seja, o de reduzir a dispersão jurisprudencial e a insegurança jurídica⁵²³. A despeito disso, o fato é que o crescimento exponencial do número de reclamações é uma questão de política judiciária que precisa ser encarada, sob pena de inviabilizar, em termos pragmáticos, a proposta ora apresentada. É preciso enfrentar e encontrar soluções normativas para esse problema, não havendo como ignorar sua existência.

A discussão travada no STF – objeto de análise no item 1.8.2 – sobre a “eficácia transcendente dos motivos determinantes” das decisões em controle concentrado de constitucionalidade ilustra bem a preocupação daquela Corte com o efeito pragmático da ampla admissão de reclamações. Como se viu, acabou prevalecendo no STF a tese de que a eficácia vinculante, para fins de cabimento da reclamação, estaria restrita ao dispositivo da decisão proferida em controle concentrado⁵²⁴. Claramente, cuida-se de interpretação restritiva que retrata uma postura defensiva para tentar conter a proliferação de reclamações. No julgamento da Reclamação 1987⁵²⁵, por exemplo, o Ministro Marco Aurélio chegou a afirmar “não sei onde vamos parar em termos de inviabilização do próprio Supremo Tribunal Federal”.

Essa mesma discussão se repete em sede de controle difuso de constitucionalidade. Na Reclamação 4.335⁵²⁶, a maioria dos ministros rejeitou a tese do cabimento da reclamação para fazer valer a *ratio decidendi* do precedente firmado em controle difuso. Na ocasião, levantou-se o argumento consequencialista de que o STF, com apenas 11 ministros, não disporia de

⁵²³ “É um raciocínio paradoxal: desejam-se precedentes obrigatórios para vincular formalmente os juízes, porém não se quer um instrumento para impô-los, com receio que se inundem os tribunais”. AZEVEDO, Gustavo. Ob. cit., p. 88.

⁵²⁴ Entretanto, como ressaltado no item XX, esse debate ganhou novos contornos a partir do CPC-2015, diploma este que claramente possibilita o ajuizamento de reclamação para fazer valer a tese jurídica da decisão de controle concentrado de constitucionalidade (CPC, art. 988, §4º).

⁵²⁵ STF, Pleno, Rcl 1987, rel. Min. Maurício Correa, DJ, 21.05.2004.

⁵²⁶ STF, Rcl 4.335, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, j. 20/03/2014, DJe 22/20/2014.

aparelhamento suficiente para julgar as inúmeras reclamações que seriam ajuizadas, caso prevalecesse o entendimento pela viabilidade da reclamação⁵²⁷.

No STJ, essa mesma preocupação ficou evidente no julgamento da questão de ordem proferida nos autos da Rcl 18.506⁵²⁸, que levou aquela Corte, já na vigência do CPC-2015, a revogar a Resolução 12/2009. Esse ato permitia e regulamentava o ajuizamento de reclamação contra decisão de Turma Recursal do Juizado Especial Estadual que afrontasse precedente firmando em recurso especial repetitivo ou súmula do STJ⁵²⁹. Diante da ampla dispersão jurisprudencial existente no Juizados Especiais, a Resolução 12/2009 ocasionou uma enxurrada de reclamações no STJ.

Na tentativa de solucionar resolver o problema, o STJ editou a Resolução 03/2016, transferindo a competência do processamento e julgamento dessas reclamações para os Tribunais de Justiça⁵³⁰. Todavia, por razões óbvias, essa manobra não encontra respaldo no ordenamento jurídico. Primeiramente, porque a Resolução STJ 03/2016 padece de flagrante inconstitucionalidade ao atentar contra a garantia do juiz natural⁵³¹ e contra a autonomia dos Estados⁵³². Acrescente-se, ainda, que houve grave violação à própria lógica do instituto da reclamação, que foi pensada e estruturada, desde a sua gênese na teoria dos poderes implícitos, para funcionar como mecanismo a ser utilizado pelo próprio tribunal que teve sua competência usurpada ou sua autoridade desrespeitada⁵³³. Deve-se destacar também que as

⁵²⁷ É bom que se diga que essa questão não diz respeito à “teoria da abstrativização do controle difuso” adotada pelo STF nas ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 29/11/2017. Tal teoria se relaciona com a atribuição de eficácia *erga omnes* e vinculante a norma declarada inconstitucional na fundamentação da decisão em controle difuso.

⁵²⁸ STJ, Rcl 18.506/SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJ, 03-02-2016

⁵²⁹ Além de não ser cabível a interposição de Recurso Especial contra as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais, a Lei 9.099/1995 não previu uma forma de levar a discussão sobre a interpretação da legislação federal ao STJ. Ou seja, há uma grave lacuna normativa que impede que as questões de direito infraconstitucional controvertidas cheguem ao Tribunal constitucionalmente competente para firmar sobre elas a última palavra. Claramente, isso é um grave problema que deveria ser resolvido legislativamente.

⁵³⁰ “Tal resolução tem o deliberado intuito de diminuir o fluxo de reclamações para o STJ, desobstruindo o congestionamento que o grande número delas tem causado na rotina do tribunal. Há, nitidamente, uma delegação de competência para os tribunais de justiça”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo...cit.*, p. 773.)

⁵³¹ De acordo com o art. 105, da CF/88 compete ao STJ processar e julgar “a reclamação para preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

⁵³² O §1º do art. 125 da CF/88 dispõe que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”.

⁵³³ “A inconstitucionalidade dessa resolução é flagrante. É do STJ a competência para julgar Reclamação Constitucional destinada a garantir a autoridade de suas decisões. Não é possível delegar essa competência a tribunais de justiça, pois trata-se de competência absoluta, inderrogável e improrrogável. Nem lei, nem resolução, nem qualquer outro ato administrativo ou normativo pode alterar a competência fixada constitucionalmente para o STJ”. (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo... cit.*, p. 773.)

hipóteses de cabimento previstas na aludida resolução⁵³⁴ extrapolam o rol do art. 988 do CPC/2015. Ao permitir-se o manejo de reclamação fundada em desrespeito a súmulas e a qualquer precedente do STJ, a resolução acabou ampliando demasiadamente as hipóteses de cabimento de reclamação elencadas no rol (taxativo) do art. 988 do CPC.

Outra circunstância que demonstrou o receio do STF e do STJ com o acervo das reclamationárias foi a alteração empreendida pela Lei 13.256/2016 no art. 988 do CPC, fruto da intensa pressão exercida por aqueles Tribunais no trâmite legislativo. A citada lei condicionou o ajuizamento das reclamações para garantir a observância dos acórdãos proferidos em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e de recursos especial e extraordinário repetitivos ao prévio esgotamento das instâncias ordinárias (CPC, art. 988, §5º, II)⁵³⁵. Trata-se de filtro pensado justamente para conter o desenfreio ajuizamento de reclamações.

Como se pode perceber, ao mesmo tempo em que a reclamação constitui um eficiente mecanismo para conferir eficácia ao sistema brasileiro de precedentes obrigatórios – ao menos até que seja assimilada uma cultura jurídica de respeito e valorização dos precedentes no Brasil – ela também assoberba os tribunais, congestionando e travando suas pautas, sendo, em razão disso, motivo de grande descontentamento e inquietação por parte do Judiciário. Daí por que o excessivo número de reclamações representa uma preocupação válida que precisa de enfrentamento dogmático. Nesse contexto, serão apontadas, a seguir, algumas soluções com potencialidade para amenizar o problema da enxurrada de reclamações.

5.5.4.1. O filtro do esgotamento das instâncias administrativas: a aplicação analógica do § 1º do art. 7º da Lei 11.417/2006

O art. 103-A, *caput*, da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional 45/2001, enuncia que o STF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros,

⁵³⁴ De acordo com a Resolução STJ 03/2016, é cabível o ajuizamento de reclamação no Tribunal de Justiça da Turma Recursal do Juizado Especial respectivo contrariar: *i*) incidente de assunção de competência; *ii*) incidente de resolução de demandas repetitivas; *iii*) julgamento de recurso especial repetitivo; *iv*) enunciados das súmulas do STJ; *v*) precedentes do STJ.

⁵³⁵ Sobre o assunto, Gustavo Azevedo argumenta que “A pressão do STF e do STJ para mudar o CPC e incluir um requisito de admissibilidade é, em certa medida, paradoxal. Ambos os Tribunais, por um lado, incentivaram um sistema de precedentes obrigatórios e uma cultura de segui-los. Porém, por outro lado, temeram que fosse mantido o desrespeito aos precedentes obrigatórios, cedendo espaço para sobrejo número de reclamações”. (AZEVEDO, Gustavo. *ob. cit.*, p. 133).

após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprove sùmula que terá efeito vinculante em relação aos òrgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Em complemento, o §3º do mesmo dispositivo prevê o cabimento de Reclamação Constitucional contra o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar ou aplicar indevidamente enunciado de sùmula vinculante.

O referido art. 103-A da CF foi regulamentado pela Lei 11.417/2006, a qual, além de ter disciplinado o procedimento para edição, revisão ou cancelamento da sùmula vinculante, versou também a respeito da Reclamação Constitucional prevista para garantir a observância das sùmulas vinculantes (artigos 7º ao 9º).

No §1º do art. 7º da citada lei, o legislador estabeleceu uma barreira de acesso ao STF. Cuida-se do filtro do esgotamento das instâncias administrativas para admissão das reclamationes ajuizadas contra ato administrativo transgressor de sùmula vinculante. A ideia é restringir o acesso *per saltum* à Corte Suprema⁵³⁶. Esse requisito de admissibilidade possui o significativo potencial de reduzir o volume de reclamações, já que, diante dele, muitos administrados optarão por judicializar desde logo sua pretensão, em vez de percorrer todo o caminho recursal da via administrativa.

A propósito, nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

Como técnica para evitar o acúmulo de reclamações no STF, o §1º do art. 7º da Lei 11.417/2006 impôs uma restrição, em princípio, razoável: exige-se o esgotamento das vias administrativas. O objetivo é evitar que o STF se transforme num òrgão de primeiro grau de jurisdição para várias hipóteses que já poderiam ser resolvidas no âmbito administrativo ou em instâncias inferiores do Poder Judiciário⁵³⁷.

O filtro do esgotamento das instâncias administrativas deve ser aplicado analogicamente a todas as reclamações ajuizadas contra ato administrativo que houver desrespeitado os precedentes estabelecidos no art. 988 do CPC. Aliás, não apenas este dispositivo como todo o disciplinamento traçado nos artigos 7º ao 9º é perfeitamente extensível à generalidade das reclamações que tenham por objeto ato administrativo. Não há qualquer incompatibilidade ou ilegitimidade nessa aplicação analógica. Fundamental destacar que a analogia não está sendo empregada para alargar indevidamente as hipóteses de cabimento da reclamatione, já que a causa de pedir continuará expressamente prevista em lei (CPC, art. 988).

⁵³⁶ O mesmo filtro foi previsto no §5º, II do art. 988 CPC, dispositivo este que condicionou o ajuizamento de reclamatione proposta para garantir a observância de acórdãos proferidos em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou em julgamento de recursos excepcionais repetitivos ao esgotamento das instâncias ordinárias.

⁵³⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo...* cit., p. 758.

É importante atentar que a Lei nº 11.417/2006 foi editada em um contexto normativo totalmente diverso do que vigora atualmente. Naquela ocasião, não se falava em “precedentes”, existindo apenas instrumentos de uniformização de jurisprudência, dentre os quais se encontrava justamente a súmula vinculante. Se a súmula vinculante decorre de reiteradas decisões do STF em matéria constitucional, é porque, no final das contas, a finalidade do instituto é preservar os precedentes que lhe deram origem. Em sendo assim, aplicar analogicamente a Lei 11.417/2006 às demais reclamações que tenham por objeto ato administrativo não é nada mais do que compatibilizá-la ao sistema de precedentes instituído pelo CPC-2015.

5.5.4.2. O diálogo da Administração com o precedente violado e a adequação futura do comportamento administrativo ao precedente

Outro dispositivo com potencial para conter a proliferação desmedida de reclamações constitucionais nos tribunais é o art. 9º da Lei 11.417/2006, que inseriu os artigos 64-A e 64-B na Lei 9.784/1999 (diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal).

De acordo com o art. 64-A da Lei 9.784/1999, se o administrado recorrente alegar, no âmbito administrativo, violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso administrativo explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula.

Já o seu art. 64-B dispõe que “acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado de súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização nas esferas cível, administrativa e penal”.

Na mesma linha de pensamento explicitada no item anterior, ambos os dispositivos são perfeitamente aplicáveis às reclamações ajuizadas para fazer valer a autoridade dos demais precedentes previstos no art. 988 do CPC.

Em decorrência da disposição contida no art. 64-A da Lei 9.789/1999, a Administração Pública tem a oportunidade de, ainda no âmbito administrativo, dialogar com o precedente vinculante desrespeitado, podendo explicitar os motivos de sua insurgência, exercendo, inclusive, a técnica da distinção, se for o caso. Esse prévio enfrentamento

administrativo do precedente fará com que, em caso de ajuizamento de reclamação, a questão sobre a existência ou não de violação ao precedente já chegue ao Judiciário minimamente amadurecida. Isso porque, se é condição de admissibilidade da reclamatória o prévio esgotamento das instâncias administrativas, e se o órgão competente para decidir o recurso administrativo está obrigado a explicitar as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade do precedente invocado, quando do ajuizamento da reclamação, a discussão já estará posta.

Enquanto isso, o art. 64-B da Lei 9.784/1999 viabiliza que, uma vez julgada procedente a Reclamação Constitucional, reconhecendo-se o desrespeito a precedente vinculante, ocorra a adequação do comportamento administrativo na análise das postulações administrativas futuras. Afinal, se já existe precedente vinculante em sentido favorável ao administrado, não é eficiente, racional, nem isonômico que haja resistência administrativa em aplicá-lo.

Nesse passo, a Administração Pública tem a incumbência de realizar o ajuste comportamental que se faça necessário, sob pena até mesmo de apuração das respectivas responsabilidades. Afinal, de nada adiantará, em termos pragmáticos, manter posicionamento jurídico na contramão do que dispõe precedente vinculante. Isso, além de postergar indevidamente o reconhecimento do direito do administrado, o que vai de encontro ao interesse público, apenas acarretará, no final das contas, prejuízo financeiro ao Erário, já que o Poder Público terá de suportar os encargos financeiros decorrentes da mora, acrescidos das respectivas verbas sucumbenciais⁵³⁸.

Como se pode perceber, esses dispositivos fornecem o aparato normativo suficiente para que se promova o alinhamento entre o posicionamento da Administração e o precedente judicial vinculante, fazendo cessar o desrespeito administrativo e, em consequência, evitando que continue ocorrendo a judicialização da questão administrativa. Aplicando-se o regramento legal da reclamação para as demais hipóteses de precedente vinculante, bastará uma reclamação procedente para que a Administração atente que é preciso mudar sua interpretação, mesmo porque, em sendo acolhida a reclamação, o ato administrativo precisará ser refeito por ela própria. É que, ao contrário do que ocorre nos recursos, na reclamação não se opera o “efeito substitutivo”. Acolhida a reclamação, aquele que proferiu a decisão reclamada é obrigado a refazê-la em conformidade com o precedente tido por violado. É aqui que se encontra o caráter pedagógico do instituto.

⁵³⁸ Sobre esse ponto, remete-se o leitor ao “item 3.2. Eficiência e economicidade: o respeito aos precedentes na fase administrativa para minimizar prejuízos ao Erário”

5.5.4.3. A reclamação repetitiva e a aplicação das regras do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos

O último mecanismo com aptidão para amenizar os efeitos e gerenciar o grande volume das reclamações é a utilização das ferramentas disponibilizadas pelo sistema processual para gerir e julgar casos repetitivos. A reclamação que se repete reiteradamente tendo por objeto a mesma discussão jurídica representa um caso repetitivo como outro qualquer. Inclusive, se existirem diversas reclamações pendentes versando sobre a mesma matéria que já tenha sido objeto de afetação para julgamento por amostragem, elas devem permanecer em regime de sobrestamento até que ocorra o julgamento do caso paradigma.

Ademais, conforme dicção do art. 978, parágrafo único, do CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR pode ser suscitado em processos de competência originária, em recursos e em remessa necessária. Logo, é perfeitamente possível suscitar a instauração de IRDR a partir de uma Reclamação Constitucional. Acrescente-se ainda que, em sendo necessária a aplicação de alguma regra relativa aos recursos excepcionais repetitivos, não há qualquer problema em aplicá-la, já que as disposições pertencentes ao microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos são aplicáveis reciprocamente⁵³⁹.

5.6. O Poder Público em juízo e a litigiosidade repetitiva: a desjudicialização dos conflitos administrativos e o provável impacto no sistema de distribuição de justiça

A administração do sistema judiciário sempre foi alvo de intensos debates na comunidade jurídica nacional. Ninguém duvida que o enorme quantitativo de processos ajuizados, o elevado número de recursos em tramitação e a excessiva morosidade processual são fatores extremamente preocupantes e responsáveis pela conhecida “crise do Judiciário”⁵⁴⁰, que tanto compromete a efetividade da tutela jurisdicional e coloca em xeque a

⁵³⁹ AZEVEDO, Gustavo. ob. cit., p. 218.

⁵⁴⁰ Cabe aqui trazer um interessante apontamento de Adel El Tasse sobre a expressão “crise na Justiça”. Para o autor, “não há crise alguma no Poder Judiciário”, já que a palavra “crise pressupõe que, em algum momento, se teve, no Brasil, justiça célere e efetiva, o que, em momento algum, ocorreu”. (TASSE, Adel El. *A “crise” do Poder Judiciário: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural*. Curitiba, Juruá, 2004, p. 43).

credibilidade dos órgãos jurisdicionais perante a sociedade⁵⁴¹. E não há como falar em crise do Judiciário, sem fazer uma correlação automática com a presença do Poder Público em juízo no polo passivo de demandas de massa.

Não se têm dúvidas de que Poder Público é um grande litigante da justiça brasileira, responsável por um sem número de causas repetitivas. Segundo o relatório “100 maiores litigantes”, realizado em 2011⁵⁴² pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça⁵⁴³, o setor público federal ocupa o *ranking* da Justiça Federal, atuando, na grande parte dos casos, na posição de demandado⁵⁴⁴. Na Justiça Estadual, o setor público estadual e o municipal só ficam atrás dos bancos. Juntos, os poderes públicos de todas as esferas foram os responsáveis por 39,26% dos processos ajuizados na Justiça Comum de primeiro grau e nos Juizados Especiais entre janeiro e outubro de 2011.

Na mesma linha de conclusão, o I Relatório Supremo em Números⁵⁴⁵, confeccionado pela Fundação Getúlio Vargas, ao analisar os grandes recorrentes no âmbito do STF, concluiu que o Poder Público é o maior usuário da Suprema Corte (dos dez maiores litigantes, nove deles integram o Executivo). O relatório é finalizado com o seguinte apontamento: “o maior responsável por essa grande quantidade de recursos não é o cidadão comum que litiga em excesso, mas um agente muito bem definido: o Poder Executivo, em especial o da esfera federal”⁵⁴⁶.

A propósito, já em 1998, o presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros, Cláudio Baldino Maciel, após apresentar dados estatísticos dos recursos em tramitação no

⁵⁴¹ A dimensão desse desprestígio é periodicamente aferida pelo Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil) – levantamento estatístico de natureza qualitativa realizado em diversos estados pela Fundação Getúlio Vargas, que tem por objetivo acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao judiciário brasileiro. O Relatório ICJBrasil do 1º semestre de 2017 pode ser acessado em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁵⁴² Saliente-se que apesar de o relatório ser bastante antigo, não há indícios de que houve alteração do contexto fático. Além disso, importante destacar que o último relatório “100 maiores litigantes” foi esse, realizado em 2011, não havendo outro mais atual até o presente momento.

⁵⁴³ Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília: CNJ, 2011.

⁵⁴⁴ Dentre as entidades integrantes do setor público federal, quem ocupa a liderança é o Instituto Nacional do Seguro Social.

⁵⁴⁵ Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%b3meros%20-%20O%20M%c3%baltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

⁵⁴⁶ “A maior parcela de culpa por esse entrave deve ser atribuída à Administração Pública Federal, que há muito tempo é sem dúvida o litigante que mais faz uso do Poder Judiciário” LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. Revista de Processo. Vol. 214, dez. 2012

STF naquela época, alertou: “hoje, o maior responsável pelo comprometimento da prestação jurisdicional da mais alta Corte do país é a União Federal”⁵⁴⁷.

A percepção clara que se tem é que a maior parte dessas demandas dizem respeito a pretensões isomórficas que apresentam questões comuns para a resolução da causa, ou seja, questões que versam sobre matérias jurídicas ou fáticas que comportam igual solução⁵⁴⁸. Há uma proliferação de ações judiciais que, quando não idênticas, são bastante semelhantes, o que se verifica, com bastante frequência, em demandas tributárias e previdenciárias. Os casos repetitivos são “aqueles em que o que se discute basicamente é uma mesma tese jurídica aplicada a uma mesma situação fática incontestada ou, quando menos, que não desperta maiores dúvidas ou indagações das partes e do próprio magistrado”⁵⁴⁹.

A veiculação em juízo desse tipo de pretensão ocasiona a denominada litigiosidade serial, repetitiva, de massa e de alta intensidade, que dá ensejo a uma padronização dos conflitos e exige, em consequência, uma padronização das soluções jurídicas. Entretanto, para enfrentar de forma eficiente o problema da enxurrada de demandas repetitivas, não basta conferir um tratamento jurídico diferenciado a elas, submetendo-as a procedimentos especiais. De fato, a gestão do volume, com o emprego de técnicas que garantam uma rápida vazão aos processos repetitivos é de fundamental relevância para o gerenciamento do sistema de distribuição de justiça. Contudo, não adianta lidar apenas com o efeito (multiplicidade de processos), sem que se trate da causa (conflitos administrativos massificados não resolvidos no âmbito administrativo). Daí, mais importante do que buscar instrumentos de gestão e julgamento de casos repetitivos, é tentar identificar e solucionar o problema em sua origem, evitando que a judicialização massiva ocorra.

Nesse contexto, é fundamental identificar os fatores que ensejam a presença maciça do Poder Público em demandas repetitivas. Duas principais causas são facilmente perceptíveis.

Em primeiro lugar, tem-se a judicialização de questões administrativas que poderiam ter sido resolvidas no próprio âmbito administrativo, caso o Poder Público não fosse reticente em ajustar seu entendimento à interpretação consolidada pelos tribunais em precedentes

⁵⁴⁷ MACIEL, Cláudio Baldino. Súmula administrativa da Advocacia-Geral da União: por que o Poder Executivo não a utiliza? Disponível em: https://www.amb.com.br/amb-alerta-senadores-para-sumula-administrativa-da-agu/?doing_wp_cron=1565581959.9450819492340087890625. Acesso em 12 de jun. 2019.

⁵⁴⁸ NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luiz Felipe Freind dos. Demandas repetitivas e a Fazenda Pública. In: José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues (Coordenadores). *Freddie Didier Jr. (Coordenador Geral). Coleção Repercussões do novo CPC. Fazenda Pública*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 649.

⁵⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 2, p. 82.

vinculantes. É que a não observância dos precedentes judiciais nas relações jurídico-administrativas incentiva as demandas em profusão, contribuindo para que o espaço judicial seja encarado como a instância ordinária para a resolução dos conflitos entre Estado e administrado.

Em segundo lugar, é possível apontar a ausência de uma cultura administrativa de resolução consensual de conflitos, que, somada à tradição jurídica extremamente demandista dos operadores do Direito no Brasil, impacta fortemente nos índices de congestionamento da Justiça. Há uma cultura jurídica já internalizada e difundida no sistema jurídico brasileiro que privilegia os meios adjudicatórios, em detrimento dos autocompositivos. E essa “cultura de contenciosidade” permeia toda a sociedade brasileira, incluindo o Poder Público, que, aliás, faz muito menos do que deveria quando o assunto é implementação de mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos. É possível, até mesmo, afirmar que a falta de uma prestação jurisdicional de qualidade depende menos das reformas legislativas e mais da postura mental dos sujeitos processuais⁵⁵⁰.

Nesse contexto, o ideal é que o conflito não chegue sequer a ser formado. E isso dificilmente ocorrerá se houver reconhecimento espontâneo do direito amparado por precedente vinculante ainda na esfera administrativa. Entretanto, para aqueles casos que, por algum motivo, o impasse termine sendo instaurado, é fundamental que o Estado busque meios de resolvê-lo extrajudicialmente, antes do ajuizamento de qualquer demanda judicial.

É preciso ter em mente que a judicialização massiva das questões administrativas tem consequências deletérias não apenas ao sistema de distribuição de justiça como também ao próprio Estado. Afinal, não há como negar que o contínuo encaminhamento das controvérsias administrativas ao Judiciário afeta, sensivelmente, a credibilidade da população nas instâncias administrativas, porquanto o Judiciário passa a ser visto como a única instância decisória legítima⁵⁵¹.

Há uma tendência de utilização do Judiciário como mecanismo de compensação dos *déficits* de funcionalidade dos demais poderes⁵⁵². Quando qualquer um dos poderes não cumpre eficientemente seu papel institucional, ocorre uma compensação sistêmica, e, no

⁵⁵⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁵⁵¹ FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues (Coordenadores). Fredie Didier Jr. (Coordenador Geral). Coleção Repercussões do novo CPC. *Fazenda Pública*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3. p. 382.

⁵⁵² BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito de interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 293.

Brasil, quem acaba sofrendo a consequência dessa compensação é o Judiciário. Enxerga-se o Judiciário como “porta das esperanças”⁵⁵³ para reinvidicação de direitos que poderiam ter sido espontaneamente reconhecidos administrativamente. Ignora-se o fato de que a fase administrativa é o local mais adequado para a satisfação dos direitos de forma mais amena, eficiente e econômica.

É imprescindível que se compreenda que é contraproducente – além de bastante custoso financeiramente – ir de encontro (em processos judiciais ou administrativos) a precedentes judiciais vinculantes, assoberbando a máquina judiciária com questões administrativas, cujo deslinde, em última análise, já se sabe.⁵⁵⁴ A partir dessa percepção, espera-se que o Poder Público empreenda um sistemático e contínuo esforço para evitar “a judicialização das questões que os particulares têm de submeter ao Poder Judiciário por falha do Poder Público no exercício principalmente da função administrativa”⁵⁵⁵.

Não há como deixar de atentar a incoerência que é ter o Poder Público como um dos agentes que mais contribui para o agravamento do congestionamento da Justiça no Brasil. Se o serviço jurisdicional também constitui uma expressão do poder estatal, não é razoável que o próprio Estado contribua para a má qualidade desse serviço.

Diante desse cenário, emerge a importância da valorização dos precedentes pela Administração de forma generalizada e espontânea ainda no âmbito administrativo. Isso porque, partindo do pressuposto de que grande parte das demandas repetitivas ajuizadas contra a Fazenda Pública veiculam pretensões já pacificadas por precedente vinculante, muito provavelmente o alinhamento entre “jurisprudência judicial” e a “jurisprudência administrativa” trará significativo e positivo impacto na taxa de congestionamento processual. Como muito bem percebido por Juarez Freitas, “o simples e firme acatamento das decisões judiciais pela Administração Pública, por si só, já desafogaria, sem celeumas, os nossos tribunais”⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Expressão utilizada por Daniel Wunder Hachem, ver 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 e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 59, p.63-91, 2015.

⁵⁵⁴ LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. *Revista de Processo*. vol. 214, dez. 2012.

⁵⁵⁵ NERY JR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 79.

⁵⁵⁶ FREITAS, Juarez. “Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública”. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, n. 59, p. 63-91, 2015.

6. CONCLUSÕES

1. O Código de Processo Civil de 2015 instituiu o sistema de precedentes obrigatórios no Direito brasileiro. Pela primeira vez, a legislação processual impõe aos julgadores o dever de observância a um rol de precedentes considerados formalmente vinculantes. A institucionalização do sistema de precedentes obrigatórios desponta como eficiente técnica para reduzir a tamanha algazarra jurisprudencial que impera nos tribunais e que tanto prejudica a segurança jurídica.

2. O sistema brasileiro de precedentes é normatizado por diversas regras esparsas pelo Código, assumindo a posição de núcleo dois artigos: o 926 (estabelece os deveres de uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência) e o 927 (define o rol dos precedentes vinculantes e estabelece algumas regras sobre sua aplicação e modificação). Tais dispositivos constituem os pilares do *stare decisis* no Brasil.

3. O art. 927 não pode ser interpretado restritivamente, sob pena de diminuir-se a importância e a eficácia do próprio sistema de precedentes vinculantes. Além dos provimentos expressamente previstos no aludido rol, também devem ser considerados vinculantes as súmulas dos Tribunais de Justiça sobre direito local, os precedentes firmados pelas seções especializadas do STJ (ou pelas turmas integrantes da seção quando houver uniformidade de entendimento entre elas) e o recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

4. Atualmente, não há como negar aos precedentes a qualidade de fonte formal do Direito. Os precedentes compõem o conceito de Direito vigente no Brasil, integrando o sistema de fontes primárias. Qualquer tentativa de desqualificar a qualidade de fonte dos precedentes é infiel à realidade institucional inaugurada a partir do CPC-2015.

5. Apesar de a codificação do sistema de precedentes vinculantes representar um decisivo passo para a criação de um sistema racional de distribuição de justiça, o fato é que nenhuma lei seria capaz de regular inteiramente o amplo fenômeno dos precedentes. Explorar a teoria dos precedentes a partir tão somente das disposições processuais é deixar de retirar dela todas as potencialidades que se poderia extrair para a resolução dos mais diversos problemas na ordem jurídica.

6. A vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais, no desempenho da sua função administrativa, é um dos temas que, a despeito de não estar expressamente

previsto no Código, constitui um braço de especial relevo nos estudos envolvendo o amplo fenômeno dos precedentes judiciais.

7. O padrão da litigância do Poder Público - em geral, no polo passivo de demandas repetitivas - denota a importância do presente estudo. Isso porque a judicialização massiva das questões administrativas decorre, em grande medida, da recalcitrância da Administração em não aplicar administrativamente o entendimento sedimentado pelos tribunais. Muito provavelmente, o alinhamento entre os “precedentes judiciais” e os “precedentes administrativos” reduziria bastante a presença do Poder Público em juízo, acarretando, conseqüentemente, um significativo impacto no sistema de distribuição de justiça.

8. Embora normativamente instituído um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro para funcionar na esfera jurisdicional, não há disposição normativa expressa prevendo a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais. O que existe é a previsão constitucional de “eficácia contra todos e efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração pública, direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal” nas decisões definitivas de mérito proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e em ações declaratórias de constitucionalidade (art. 102, §2º, CF/88), bem como nas súmulas vinculantes (art. 103-A, CF/88).

9. Não obstante a ausência de disposição normativa expressa, o dever de vinculação administrativa aos precedentes pode ser extraído do ordenamento jurídico-constitucional. Diversos fundamentos constitucionais justificam a vinculação administrativa aos precedentes, que são: segurança jurídica, isonomia, impessoalidade, moralidade, eficiência, economicidade e consensualidade. E a Constituição Federal pode figurar como critério imediato de tomada de decisões administrativas.

10. A aplicabilidade dos precedentes pela Administração Pública pode ser analisada sob duas perspectivas: *i*) no processo judicial, quando a Fazenda Pública atua como parte ou interessada; *ii*) no processo administrativo, quando o Poder Público atua como órgão decisor, responsável pela interpretação e aplicação do Direito.

11. A necessidade de respeito aos precedentes judiciais na fase judicial não desperta maiores debates e questionamentos. Não há dúvidas de que os advogados públicos têm a incumbência de levar seriamente em consideração os precedentes judiciais. Essa prática, inclusive, já é reconhecida e incentivada pelos próprios entes e órgãos públicos representados, conscientes de que litigar em face de jurisprudência consolidada não satisfaz o interesse público, nem a noção de eficiência.

12. Já a aplicação dos precedentes judiciais na fase administrativa desperta alguns questionamentos, tendo em vista as peculiaridades inerentes ao regime jurídico administrativo, que precisam de enfrentamento dogmático. Destacam-se como entraves o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. Entretanto, a legalidade e a tripartição de poderes estão longe de representarem um obstáculo intransponível.

13. A legalidade, aparentemente, constitui um limitador porque a submissão absoluta do Estado ao regime da legalidade estrita, a princípio, seria incompatível com a ideia de vinculação administrativa a normas diversas daquelas editadas pelo Legislativo. Entretanto, a legalidade é inútil como entrave por diversas razões.

14. Primeiramente, deve-se partir da premissa de que aplicar o precedente não pressupõe o afastamento da lei, já que os precedentes costumam ser formados a partir das normas legisladas. As leis continuam sendo o ponto de partida para a resolução dos problemas jurídicos no Brasil. Os precedentes só entram em cena em caso de divergência interpretativa com relação à correta aplicação das leis. Ou seja, o fundamento de validade do ato administrativo continuará sendo a lei (ou a Constituição), mas, em caso de divergência interpretativa entre a Administração e o Judiciário, o entendimento que deve prevalecer é aquele adotado pelo Judiciário em precedente vinculante.

15. Em segundo lugar, o largo poder normativo do Executivo e o amplo espaço de discricionariedade administrativa evidenciam que a Administração Pública, na verdade, se autovincula. Se é assim, revela-se, no mínimo, incoerente tentar obstar a vinculação da Administração aos precedentes sob o argumento falacioso de que o único instrumento capaz de orientar a atuação estatal é a lei formal. Aliás, é muito mais razoável que o Estado utilize como parâmetro de atuação as “normas judiciais” do que suas próprias regras, criadas muitas vezes para satisfazer seus interesses de viés político, partidário e econômico.

16. Em terceiro lugar, diversos fatores apontam para a perda do prestígio da lei, enquanto epicentro do ordenamento jurídico-administrativo. É inquestionável o déficit de operatividade da legalidade e a sua incapacidade para lidar com todas as demandas sociais. Tudo isso reclama um novo paradigma de atuação estatal. Nessa conjuntura, a legalidade começou a ser tratada de forma mais abrangente, ampla, distanciando-se da concepção original até desembocar na noção de juridicidade.

17. A “juridicidade administrativa” relaciona-se ao ordenamento jurídico em sua integralidade, ao Direito como um todo. A lei é apenas um dos elementos da juridicidade, a

qual implica uma significativa e profunda mudança paradigmática na forma de atuar da Administração.

18. Estabelecida a juridicidade como parâmetro de atuação administrativa, a etapa posterior é identificar as espécies de normatividade que possuem aptidão para compor a “juridicidade administrativa”, ou seja, faz-se necessário delimitar o alcance a ser dado ao termo “juridicidade”, identificando as fontes de Direito que podem servir de substrato normativo para o comportamento estatal.

19. Se os precedentes vinculantes, atualmente, são considerados, no Direito brasileiro, fonte primária, por consequência lógica, é possível concluir que eles possuem aptidão para integrar o conteúdo da juridicidade. A adoção da juridicidade administrativa, aliada à institucionalização do sistema de precedentes obrigatórios, leva à conclusão de que o Estado deve pautar seu comportamento no ordenamento jurídico em sentido amplo, inclusive nos precedentes, como fontes do Direito que são.

20. A tripartição dos poderes também, a princípio, pode ser colocada como um entrave à aplicação administrativa dos precedentes. Primeiramente porque a atividade de criação de normas jurídicas gerais e abstratas, por meio da atividade jurisdicional, corresponderia a uma usurpação indevida da função legislativa pelo Judiciário. Depois porque obrigar a Administração Pública a respeitar os precedentes judiciais representaria uma ingerência abusiva do Judiciário no Executivo, já que este último estaria obrigado a respeitar apenas as normas criadas pelo Parlamento. Entretanto, esses argumentos partem de premissas equivocadas e se sustentam em uma visão ultrapassada da tripartição dos poderes.

21. Respeitar o princípio da separação dos poderes significa, em última análise, garantir que, em caso de colisão de entendimentos entre o Executivo e o Judiciário, prevaleça a interpretação dada por este último, vez que é o Poder Judiciário que detém a última palavra a respeito da compreensão do ordenamento. Ao final, a interpretação que prevalece é a do juiz, não a do administrador, mesmo porque o sistema brasileiro é de jurisdição una. Logo, observar a interpretação do Direito conferida pelos tribunais é, antes de tudo, respeitar o princípio da separação dos poderes.

22. Diante de pretensões iguais ou semelhantes, as respostas do Executivo e do Judiciário devem ser equivalentes, não sendo aceitável a coexistência de soluções estatais diferentes para os mesmos problemas. Os cidadãos possuem a natural dificuldade de entender o porquê da diferença de tratamento. Essa disparidade de entendimentos dificulta a capacidade de planejamento da sociedade, desestimula o cumprimento das normas pelas

peças e, ainda, afeta sensivelmente a credibilidade do Poder Público, passando o Judiciário a ser encarado como a instância ordinária de reconhecimento de direitos, o que, evidentemente, causa grande congestionamento no sistema judiciário.

23. A garantia de uniformidade de tratamento entre administrados e jurisdicionados passa pela necessidade de submeter a Administração à autoridade dos precedentes judiciais. O vetor de orientação estatal deve ser extraído a partir do resultado da conjugação do produto legislativo com a atividade interpretativa do judiciário. Todos os poderes devem zelar pela integridade e uniformidade do direito. As funções exercidas pelos poderes da República precisam ser complementares e harmônicas, ao invés de entrarem em rota de colisão.

24. Defender que o *stare decisis* funciona apenas no Judiciário é desconsiderar a unicidade da ordem jurídica. Os precedentes judiciais não podem ser colocados como uma estrutura normativa apartada, de aplicação restrita ao Judiciário. O ordenamento jurídico é um todo sistêmico, uno e indivisível. Decorram as normas diretamente da lei ou de precedente, elas integram o mesmo ordenamento. Decidir em conformidade com o Direito é observar toda a sua complexidade normativa, inclusive os precedentes.

25. Da mesma forma que ocorre no âmbito jurisdicional, nem todos os precedentes vinculam a Administração. É necessário identificar quais deles possuem eficácia vinculante na esfera administrativa. A ideia é que, simetricamente, os mesmos precedentes que vinculam o Judiciário também vinculem a Administração. Isso porque se já existe precedente formalmente vinculante sobre determinada matéria, o desfecho da lide já estará praticamente certo, de modo que é muito mais racional e eficiente promover sua aplicação já na fase administrativa, evitando o surgimento do conflito.

26. Para que ocorra uma adequada aplicação do precedente judicial na esfera administrativa, é importante que existam “atos normativos adaptativos” para orientar aqueles que agem em nome do Estado, fornecendo os parâmetros e elementos necessários. A tarefa de extrair e delimitar a *ratio decidendi* costuma exigir um raciocínio jurídico mais aprimorado por parte do aplicador, razão pela qual a edição dessa “norma adaptativa” poderá ser melhor executada se ficar a cargo da Advocacia Pública.

27. O trânsito em julgado é um elemento desnecessário para que o precedente tenha eficácia perante os demais órgãos judiciais e a Administração. Desde o julgamento da decisão paradigma, o precedente já é plenamente aplicável. Entretanto, eficácia da decisão como paradigma pode ficar suspensa, através do instituto do “sobrestamento”, que consiste na suspensão temporária de causas similares cuja matéria discutida esteja afetada para

juízo em sede de recursos excepcionais repetitivos, de incidente de resolução de demandas repetitivas e de repercussão geral (arts. 1.029, §4º; 982, §3º; 1.035, §5; 1.036, §1º, 1.037, II, do CPC).

28. É possível ainda extrair do ordenamento processual meios para manutenção do sobrestamento após o julgamento do acórdão paradigma ou até mesmo para determinar o sobrestamento em hipóteses não previstas no Código. Caso a Fazenda Pública disponha de relevante argumentação jurídica poderá postular a concessão de efeito suspensivo para sustar a eficácia da decisão como precedente, com fundamento no art. 988, parágrafo único do CPC. Além disso, o poder geral de cautela (arts. 301, 297 e 932, II, do CPC), também pode servir de substrato normativo para a determinação de sobrestamento.

29. Diante do desrespeito administrativo ao precedente vinculante pela Administração, abre-se duas alternativas ao administrado: *i*) ajuizamento de ação (que corresponde ao caminho natural de controle); *ii*) ajuizamento de Reclamação Constitucional (quando o precedente desrespeitado estiver no rol do art. 988 do CPC).

30. A Constituição Federal somente previu expressamente o cabimento de reclamação contra ato administrativo em caso de desrespeito de súmula vinculante e, apenas para essa hipótese específica, há regulamentação legal (Lei 11.417/2006). Apesar disso, o ato administrativo será passível de reclamação em todas as hipóteses de cabimento do art. 988 do CPC. Isso porque a Constituição Federal, ao estabelecer a competência do STF (art. 102, I, *l*), do STJ art. 105, I, *f*) e do TST (art. 111-A, §3º) para julgamento de reclamações não fez qualquer restrição à natureza do ato, assim como o legislador processual também não o fez na redação do art. 988 do CPC. O que importa, para fins de cabimento, é que tenha ocorrido desrespeito a algum dos precedentes elencados no aludido dispositivo, independentemente de o ato reclamado ser uma decisão judicial ou um ato administrativo.

31. Não há como negar que institucionalizar a possibilidade de reclamação em face de *ato administrativo* para garantir a observância aos precedentes impactará, de forma significativa, o quantitativo de reclamações nos tribunais. Tanto o STF quanto o STJ já demonstraram, em diversas ocasiões, grande inquietação com o acervo crescente de reclamationárias. Daí por que o excessivo número de reclamações representa uma preocupação válida que precisa de enfrentamento dogmático.

32. Há formas de amenizar o problema da enxurrada de reclamações, que são: *i*) a aplicação analógica do §1º do art. 7º da Lei 11.417/2006, que condiciona o ajuizamento da reclamationária ao prévio esgotamento das instâncias administrativas; *ii*) a aplicação analógica

do art. 9º da Lei 11.417/2006, que inseriu os artigos 64-A e 64-B na Lei 9.784/1999, dispositivos estes que determinam, respectivamente, que o órgão administrativo responsável pela análise dos recursos administrativos explicita as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, bem como promova a adequação das decisões administrativas futuras; *iii*) utilização da sistemática dos casos repetitivos.

33. O Poder Público é um grande litigante da justiça brasileira, responsável por um sem números de causas repetitivas. A percepção clara que se tem é que a maior parte dessas demandas apresenta questões controvertidas idênticas ou bastante semelhantes, decorrentes de conflitos administrativos repetitivos que poderiam ter sido evitados se a Administração não fosse reticente em alinhar os seus precedentes aos precedentes judiciais vinculantes.

34. A redução da presença do Poder Público em juízo reclama a identificação e solução do problema em sua origem, impedindo que a judicialização massiva das questões administrativas ocorra. E, sem dúvidas, inserir a Administração Pública como destinatária do dever de observância aos precedentes judiciais vinculantes representa uma eficiente ferramenta para isso.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente. *Juridicidade contra legem no processo administrativo: limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípio da impessoalidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVIM NETO, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. Subsunção e concreção na aplicação do Direito. In: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros (Org.) *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. *Precedentes Vinculantes e Irretroatividade do Direito no Sistema Processual Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, a. 39, vol. 229, p. 377-400, mar. 2014.

AZEVEDO, Gustavo. *Reclamação Constitucional no direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BAHIA, Alexandre G. Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito de interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2016.

BAPTISTA, Patrícia. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no Direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no Direito administrativo brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2006.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p 55-69, 2003.

BASTOS, Antônio Adonias A. A estabilidade das decisões judiciais como elemento contributivo para o acesso à justiça e para o desenvolvimento econômico. *Revista de Processo*, vol. 227, ano 39, p. 295-316, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2014.

BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no Direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Nobberto. *O Positivismo Jurídico*. Tradução de Mário Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

CABRAL, Antônio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *Revista de Processo*, ano 38, n. 221, p. 13-43, jul. 2013, p. 31.

CABRAL, Antônio do Passo. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. 2 ed. Salvador: JusPodivm.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo CPC e os julgamentos colegiados. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/07/08/o-novo-cpc-e-os-julgamentos-colegiados/>. Acesso em: 7 set. 2018.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 786, p. 108-128, abr. 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999.

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

CARVALHO FILHO, José Santos. *Manual de Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. Disponível em: https://www.academia.edu/12156382/A_Lei_no_Estado_contempor%C3%A2neo. Acesso em 01 jun. 2019.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no Direito civil*. Lisboa: Almedina, 2011.

CORDOPATRI, Francesco. La ratio decidendi (considerazioni attuali). *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1990, v. 45, n. 1, p. 148-205, mar. 1990.

COUTINHO, Luís Felipe de Azeredo. O princípio da legalidade na Administração Pública contemporânea. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10150. Acesso em abr 2019.

COUTO, Reinaldo. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*, n. 145, São Paulo, jan./mar. 1989, p. 34-54.

CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, vol. 1. São Paulo: Forense, 1966.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Precedentes judiciais e a atuação do advogado. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Coleção repercussões do novo CPC*. Advocacia. v. 2. Advocacia. Salvador: JusPodivm; OAB/SP, 2015, pp. 107-118.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A ementa nos acórdãos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, dez. 2004, v. 21.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, n. 209, p. 349-374, jul. 2012.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas gerais processuais. *Revista de Processo*. São Paulo, a. 35, n. 187, p. 69-83, jan. 2010.

DIDIER FR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.academia.edu/24644058/O_Respeito_aos_precedentes_como_diretriz_hist%C3%B3rica_do_Direito_brasileiro. Acesso em 05 de nov. 2018.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vaconcellos Carilho Lopes. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago. (Org.). *Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. A sentença em perspectiva comparada – estilos norte-americano, francês e italiano em confronto. *Revista de Processo*, v, n. 235, p. 407-434, set. 2014.

FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil. José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues (Coordenadores). Fredie Didier Jr.

(Coordenador Geral). Coleção Repercussões do novo CPC. *Fazenda Pública*. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Atual. Gustavo Binenbojm. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do Direito administrativo através do princípio da juridicidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, Ano 4, n° 13, janeiro a março de 2009. Disponível em: http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_046_Felipe_de_Melo_Fonte_06072009-20h15m.pdf Acesso em 20 de jul. de 2018.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3 ed. Malheiros: São Paulo, 2014.

FREITAS, Juarez. *Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, jun.1995, p. 324-337.

FREITAS, Juarez. Respeito aos precedentes judiciais iterativos pela Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, p. 117-123, jan./mar 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47130>. Acesso em: 08 Fev. 2019.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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 e Constitucional*. Belo Horizonte, n. 59, p.63-91, 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/64>. Acesso em 02 fev. 2018.

JORDÃO, Eduardo. Art. 23 da LINDB – O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica, In: *Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro – Edição Especial – Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018)*, p. 63-92, Rio de Janeiro: FGV, 2018.

JUST, Gustavo. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista ESMAFE: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região*, n. 8, dez. 2004.

LAMY, Eduardo de Avelar; SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A administração pública federal e os precedentes do STF. *Revista de Processo*. vol. 214, dez. 2012.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. *Administração pública dialógica*. Curitiba: Juruá, 2013,

LOPES, Alexandre dos Santos. Precedentes judiciais e administração pública: análise dos provimentos normativos elencados no art. 927 do CPC/2015. Disponível em: www.periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/download/19850/13269. Acesso em 02 de jan. de 2018.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. O novo código de Processo Civil e a sistematização em rede dos precedentes judiciais. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016,

LOPES FILHO, Juraci Mourão. Premissas fundamentais para entender os precedentes judiciais no código de processo civil. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-51-premissas-fundamentais-para-entender-os-precedentes-judiciais-no-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 02 de fev. de 2019.

LOUBET, Wilson Vieira. *O princípio da indisponibilidade do interesse público e a Administração consensual*. Brasília: Editora Consulex, 2009.

LUVIZOTTO, Juliana Cristina. *Precedentes administrativos e a vinculação da atividade administrativa*. Curitiba: Juruá, 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Levando os precedentes a sério. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/08/14/levando-os-precedentes-serio/> . Acesso em: 04 fev. 2019.

MACIEL, Cláudio Baldino. Súmula administrativa da Avocacia-Geral da União: por que o Poder Executivo não a utiliza? Disponível em: https://www.amb.com.br/amb-alerta-senadores-para-sumula-administrativa-da-agu/?doing_wp_cron=1565581959.9450819492340087890625. Acesso em 12 de jun. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. “O Direito Privado como um ‘sistema em construção’. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado, 1998, n. 139, p. 7 Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/r139-01.pdf>. Acesso em 23 jan. 2019.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho e. A independência funcional dos juízes e os precedentes vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: Justificativa do Novo CPC*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 11-58, 2009.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Respeito ao Direito, Corte de Precedentes e Responsabilidade Social. Disponível em: http://www.academia.edu/26023515/Respeito_ao_Direito_Corte_de_Precedentes_e_Responsabilidade_Pessoal. Acesso em 01 de fev. de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 7 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Glaucia Rodrigues Torres de Oliveira; XAVIER, Carlos Eduardo Rangel. Por uma Procuradoria Geral do Estado de Resultados: Da Necessidade de Repensar Modelos Tradicionais de atuação na Busca da Eficiência. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2013/Direito_do_Estado_em_Debate_para_Distribuicao_Web_parte_002.pdf. Acesso em 01 de set de 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes e vinculação. Instrumentos do *Stare Decisis* e Prática Constitucional Brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p.

177-208, jul. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43370>. Acesso em: 01 Mai. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. O Supremo e os precedentes constitucionais: como fica a sua eficácia após o Novo Código de Processo Civil. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, jul./dez. 2015, p. 41- 54

MELLO, Patrícia Perrone Campos.; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. *Revista da AGU*. Brasília: AGU, ano 15, n. 3, p-9-52. jul./set. 2016, p. 23.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Precedentes e jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*: v. II. São Paulo, RT, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2014.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e estado: o Direito administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 209-240, jul. 2005.

Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43371/44674>. Acesso em: 01 Jun. 2019.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, Legalidade e Pós-Positivismo. In: Cláudio Brandão; Francisco Cavalcanti; João Maurício Adeodato (Org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Súmulas vinculantes e segurança jurídica nas relações jurídico-administrativas. In: VALIM, Rafael. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. POZZO, Augusto Neves Dal (Coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOLASCO, Rita Dias; SANTOS, Luiz Felipe Freind dos. Demandas repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antonio Rodrigues (Coord). Fredie Didier Jr. (Coordenador Geral). *Fazenda Pública*. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle; THEODORO JR, Humberto; BAHIA, Alexandre G. M. F.. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 189, nov.-2010, p. 42.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do Direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Precedentes no Direito Administrativo*. Forense: Rio de Janeiro, 2018.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes judiciais na administração pública: limites e possibilidades de aplicação*. Salvador: Juspodivm, 2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Editora Almedina, 2007.

PEIXOTO, Marco Aurélio; BECKER, Rodrigo. *Como os precedentes constantes do art. 927 do CPC podem vincular a Administração Pública?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/como-os-precedentes-constantes-do-art-927-do-cpc-podem-vincular-a-administracao-publica-13092019>. Acesso em 13 de set. 2019.

PEIXOTO, Ravi. *A modulação da eficácia temporal na superação de precedentes: uma análise a partir da segurança jurídica e da confiança legítima*. Dissertação de mestrado. Recife, 2015.

PEIXOTO, Ravi. A posição dos Tribunais Superiores e a Eficácia dos Precedentes nas Causas Repetitivas. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 119. Fev. 2013. Disponível em: https://www.academia.edu/6940716/Ravi_Peixoto_.A_posi%C3%A7%C3%A3o_dos_tribunais_superiores_e_a_efic%C3%A1cia_dos_precedentes_nas_causas_repetitivas._Revista_Dial%C3%A9tica_de_Direito_Processual_v._119. Acesso em 28 jun. 2019.

PIÇARRA, Nuno. *O princípio da Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, ago. 1969. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32546/31362>. Acesso em: 02 Abr. 2019.

RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RODRIGUES, Eduardo Azeredo. *O princípio da eficiência à luz da teoria dos princípios*. Aspectos dogmáticos de sua interpretação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALES, Caio Lucio Monteiro. Juridicidade administrativa: aurora de um novo caminho. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13583. Acesso em abr 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. Coisa julgada e extensão dos efeitos da sentença em matéria de Direitos sociais constitucionais. In: OZZOLI, Maria Clara; CIANCI, Mirna; CALMON, Petrônio; QUARTIERI, Rita (orgs.). *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudo em homenagem a Ada Pellgrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamento à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHAUER, Frederick. *Pensar como um advogado: uma nueva introducción al razonamiento jurídico*. Tradução de Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.

SESMA, Victoria Iturralde. *El precedente em el common law*. Madrid: Civitas, S.A., 1995.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Matheus Teixeira da. Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V. 2, n. 22, jul/dez. 2012. Disponível em: <http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/352>. Acesso em 02 fev. 2019.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.

STRECK, Lenio; ABOUD, Georges. O NPCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

TALAMI, Eduardo. *O que são “precedentes vinculantes” no CPC/2015*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236392,31047-O+que+sao+os+precedentes+vinculantes+no+CPC15>. Acesso em 15 de fev. de 2018.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 199, ano 36, p. 139-155, set. 2011.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e *common law*, *Revista de Processo*, v. 28, n. 110, p. 141-148, abr./jun. 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista de Processo: RePro*, v. 30, n. 125, p. 61-78, jul. 2005. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/89060>

TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

VALE, Luís Manoel Borges do. A vinculatividade dos precedentes administrativos e as alterações da LINDB. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-vinculatividade-dos-precedentes-administrativos-e-as-alteracoes-da-lindb-26082019>. Acesso em 27 de agosto de 2019.

VICENTE, Dario Moura. *Direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2011.

VICENTE, Dario Moura. *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do Direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MELLO, Rogério Licastro Torres de; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*, 2. ed. rev., atual e ampl., São Paulo: RT, 2016.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredie (coord. Geral). *Precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.