

PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA NORMATIVIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Weber Luiz de Oliveira⁶²

Resumo: O artigo expõe os precedentes judiciais e seus possíveis reflexos normativos na Administração Pública. Destacam-se as naturezas vinculantes das decisões judiciais no âmbito da Jurisdição e da Administração e a possibilidade jurídico-constitucional da aplicação obrigatória de determinados pronunciamentos judiciais na atividade administrativa. É estabelecida classificação entre Precedentes Diretamente Vinculantes e Indiretamente Vinculantes para a Administração Pública, a depender da força normativa que a Constituição Federal preceitua.

Abstract: The article exposes judicial precedents and their possible normative consequences in Public Administration. The binding nature of judicial decisions within the scope of Jurisdiction and Administration and the legal-constitutional possibility of mandatory application of certain judicial pronouncements in administrative activity stand out. Classification is established between Direct and Indirect Precedents for Public Administration, depending on the normative force that the Federal Constitution prescribes.

Palavras-Chave: Precedentes Judiciais. Administração Pública. Precedentes Diretamente e Indiretamente Vinculantes.

Keywords: Judicial Precedents. Public Administration. Direct and Indirect Precedents.

⁶² Doutor em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC (UNIVALI). Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Coordenador e Colunista da Coluna “Advocacia Pública e outros temas jurídicos em debate”. Procurador do Estado de Santa Catarina. Advogado. E-mail: weberluizdeoliveira@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0265753096355749>

Sumário: 1. Introdução; 2. Decisões Judiciais; 2.1. Precedentes e precedentes vinculantes; 2.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira atual; 2.1.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015; 3. Administração Pública; 3.1. Princípios; 4. Aplicabilidade dos Precedentes na Administração Público; 4.1. Lei e legislação; 4.2. Direito e jurisdição; 4.3. Precedentes Diretamente Vinculantes e Precedentes Indiretamente Vinculantes; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente muito se escreve sobre os Precedentes Judiciais, sendo objeto de disciplinamento no Código de Processo Civil de se obrigar que juízes e Tribunais sigam os mesmos, disciplinando por lei na jurisdição brasileira o *stare decisis* (precedente obrigatório), com nítida inspiração na jurisdição do *common law*⁶³.

Segundo Michele Taruffo⁶⁴, a característica mais recente da evolução dos ordenamentos processuais, ao contrário do passado de mudanças verticais, “é o das ‘interferências horizontais’ entre sistemas distintos, ou – se se preferir – o da imitação de um sistema ou modelo por outros, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas”.

Este artigo tem como objetivo examinar se os Precedentes Judiciais, na forma da disciplina do CPC, também vinculariam a atuação da Administração Pública brasileira ou se se faz necessário regramento normativo próprio pelos entes federativos, para que se respeitem, também no exercício das atividades administrativas, as decisões judiciais uniformemente sedimentadas.

Para tanto será necessário a análise do alcance e abrangência do princípio da legalidade, disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal,

⁶³ Georges Abboud afirma que parece existir uma “verdadeira fetichização por parcela de nossa doutrina em relação ao *common law*”, criticando que o “maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law*”. (Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – A ineficiência e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 493).

⁶⁴ Observações sobre os modelos processuais de civil law e de *common law*, In, Revista de Processo n. 110, abr. 2003, p. 148.

no sentido de ter este princípio como impeditivo da adoção dos Precedentes Vinculantes na Administração Pública, em uma Jurisdição de *civil law* (perspectiva *stricto sensu*), ou, diversamente, a ampliação do significado do princípio da legalidade, em consonância com outros princípios constitucionais, para o fim de possibilitar que os Precedentes firmados nos processos judiciais sejam também respeitados na atuação administrativa (perspectiva *lato sensu*), em razão da unidade e uniformidade do Direito, como também a forma para tal desiderato, em razão da interação entre as funções estatais do sistema jurídico.

Nesse cenário, relevante, de igual modo, perscrutar acerca da normatividade que emerge do texto constitucional a possibilitar a aplicação de determinados pronunciamentos judiciais na Administração Pública.

2. DECISÕES JUDICIAIS

Decisões judiciais existem para dar solução a conflito entre pessoas no âmbito do processo. A sentença alcançada na prestação jurisdicional “é o ato em que se expressa a norma jurídica concreta que há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional”⁶⁵.

A decisão judicial é a concretização do exercício da Jurisdição, como ato de poder-dever⁶⁶, de impor obediência ao que foi decidido, pacificando e disciplinando as relações sociais⁶⁷. Hodiernamente, conquanto seja um ato soberano⁶⁸ desenvolvido no processo jurisdicional, possui ele “compromissos éticos fundamentais, decorrentes da função social que se atribui ao Estado Contemporâneo”⁶⁹.

⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento, 19ª ed., 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 2).

⁶⁶ Pontes de Miranda assevera: “Desde o instante em que o Estado se fez monopolizador da Justiça, passou a dever justiça” (grifo no original). (Comentários ao Código de Processo Civil, tomo I, arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 21).

⁶⁷ A verdadeira pacificação das relações sociais, a rigor, é melhor realizada nos chamados meios alternativos de composição de litígio, a autocomposição, como a mediação e a conciliação.

⁶⁸ Ovídio Araújo Baptista da Silva afirma que uma nota peculiar da jurisdição “é a circunstância de ser o seu exercício soberano e exclusivo, qualquer que seja o órgão jurisdicional a que a lei haja conferido competência, ainda que este se encontre em posição de rigorosa inferioridade na escala hierárquica em que se dividem os órgãos do Poder Judiciário”. (Curso de processo civil: processo de conhecimento, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 50).

⁶⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria geral do processo, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8).

As decisões judiciais e os atos e procedimentos realizados no processo, dentro deste contexto de um processo judicial constitucionalizado pelos direitos fundamentais, devem ter sempre presente as diretrizes traçadas na Constituição⁷⁰. É o que a doutrina denomina de Direito Constitucional Processual, significando “o conjunto das normas de Direito Processual que se encontra na Constituição Federal”⁷¹.

A vinculação a decisão judicial, a depender da natureza do processo, se dá entre as suas partes, seja em tutela individual ou coletiva, e também para pessoas e instituições que não participaram da relação processual, em uma eficácia erga omnes, decorrendo daí uma nítida característica normativa abstrata da decisão judicial.

Esta normatividade abstrata da decisão judicial difere nos sistemas de common law e civil law⁷², como demonstrado na seção seguinte, em razão da doutrina dos precedentes sedimentado no primeiro.

⁷⁰ A exposição de motivos do Projeto do CPC/2015 relatou: “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais...”. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 26. Ivo Dantas adverte, outrossim, que não se deve confundir os termos direito constitucional processual e direito processual constitucional, sendo o primeiro relativo a jurisdição constitucional, os órgãos que a exercem (tribunal constitucional), as ações de controle de constitucionalidade e as tipicamente constitucionais (habeas corpus, mandado de segurança e de injunção, ação civil pública); o segundo, o direito processual constitucional, “volta-se para o estudo das garantias principiológicas do processo e do procedimento, ou seja, à análise do *due process of law*. (Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal, In, *Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito*, Malheiros: São Paulo, 2009, p. 145).

⁷² Michele Taruffo (Op. cit., p. 141) adverte que a “análise comparatística dos sistemas de civil law e de common law suscita antes de tudo uma série de problemas de método”, descrevendo, em sequência, que estes problemas seriam: 1º a análise do comparatista jamais é passiva, neutra ou indiferente, mas sim “condicionada e orientada seja pela cultura própria do comparatista, seja pelos fins em vista dos quais realiza seu próprio trabalho”; 2º a comparação processual é realizada em um nível “micro”, seja pela leitura sintética e resumida do ordenamento comparado, seja “mediante o cotejo de normas técnicas relativas a pormenores”, de onde decorre uma comparação “terrivelmente maçante, senão também substancialmente inútil”. Sustenta, assim, que a comparação será mais frutífera e interessante se se adotar não a comparação de normas específicas, mas modelos processuais. É o que se tentará fazer neste trabalho.

2.1. Precedentes e Precedentes Vinculantes

O sistema de common law é assentado sobre os “precedentes”, que “é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões judiciais vinculantes”⁷³.

E. Allan Farnsworth⁷⁴, relativamente ao sistema jurídico dos Estados Unidos, se referindo às suas funções judiciais, no sentido de que a primeira, que de certo não é peculiar ao direito de tradição inglesa, é “definir e dirimir a controvérsia apresentada ao tribunal”, relata, no que concerne a segunda função:

A segunda função da decisão judicial, característica do direito de tradição inglesa (sic), é estabelecer um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma. Essa doutrina é frequentemente designada pelo seu nome latino, *stare decisis*, da frase *stare decisis et non quieta movere*, apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos. A confiança no precedente se desenvolveu primeiramente no direito inglês e foi adotada nos Estados Unidos como parte da tradição do direito inglês. Como tradição, não foi transformada em regra escrita e não é encontrada na Constituição e nas leis, e nem mesmo regra de ofício. A justificação comumente dada a essa doutrina pode ser resumida em quatro palavras: igualdade, previsibilidade, economia e respeito. O primeiro argumento é que a aplicação da mesma regra em casos análogos sucessivos resulta em igualdade de tratamento para todos que se apresentem à justiça. O segundo é que uma sucessão consistente de precedentes contribui para tornar possível a solução de futuros litígios. O terceiro é que o uso de um critério estabelecido para solução de novos casos poupa tempo e energia. O quarto é que a adesão a decisões anteriores mostra o devido respeito à sabedoria e experiência das gerações passadas de juízes. Por várias razões, a doutrina do precedente nunca desfrutou nos Estados Unidos da autoridade absoluta que se diz ter atingido na Inglaterra. O grande volume de decisões, com conflitos

⁷³ ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, trad. do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 97.

⁷⁴ Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos, trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, [s/d], pp. 61/62.

de precedentes em diferentes jurisdições, reduziu a autoridade das decisões individuais. A rapidez do desenvolvimento enfraqueceu a aplicabilidade de precedentes e casos posteriores surgidos depois de as condições sociais e econômicas se terem alterado com a passagem dos anos. Não obstante, a doutrina do precedente, ainda que aplicada com menor rigor do que na Inglaterra, está firmemente estabelecida nos Estados Unidos.

Há, contudo, de se separar os conceitos de “precedentes” e “precedentes vinculantes”, para o fim de delimitar qual poderia, ou não, diante do ordenamento jurídico brasileiro, ser aplicado na Administração Pública.

Dessarte, o Precedente, sem o adjetivo obrigatório ou vinculante, é a decisão judicial utilizada como fundamento para outras decisões, não de forma impositiva, mas como forma de motivar a decisão demonstrando que a mesma tem consonância com o que já foi decidido⁷⁵.

A decisão judicial paradigma é proferida por um órgão hierárquico superior ao atual órgão prolator da decisão presente, como um argumento de autoridade⁷⁶, interpretativo, não obrigatório, sendo utilizada para justificar o porquê de se estar tomando a decisão em um determinado sentido. Tem-se, desta forma, uma eficácia vertical. Quando a decisão usada como fundamento é do próprio órgão prolator, tem-se uma eficácia horizontal dos precedentes⁷⁷.

A utilização do Precedente nos referidos termos na jurisdição brasileira tem um nítido caráter persuasivo, de convencimento e justificação.

Já o Precedente Obrigatório, adjetivado, portanto, com um poder de natureza semântica, é a decisão que vincula, que obriga e impõe que os órgãos estatais o sigam. Tem a carga antes referida de normatividade abstrata, erga omnes. A depender do modelo da jurisdição estatal, pode se ter uma força vinculante no âmbito judicial, como também em outras áreas das relações sociais.

⁷⁵ Na prática forense muito se vê que a utilização de uma decisão como precedente, principalmente ementas de acórdãos e enunciados de súmulas, é feita “com a simples transcrição do resumo de um julgado, em uma espécie de acoplamento do caso anterior ao caso presente” (SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, In, Revista de Processo, vol. 226, 2013, p. 350).

⁷⁶ DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 116/118.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior⁷⁸, a chamada força vinculante “é a que primariamente compete à norma legal, que obriga a todos, inclusive o próprio Estado, tanto nos atos da vida pública como privada, sejam negociais, administrativos ou jurisdicionais”.

Em relação ao modelo de common law, Charles D. Cole diz que “uma decisão da Corte que é precedente é ‘lei’ e vinculante em relação às Cortes subordinadas à Corte de última instância em questão até que tal precedente seja alterado”⁷⁹.

A vinculação dos precedentes no Brasil se dá em razão de regramento legal que assim dispõe, pela simples razão de que, sendo uma país de modelo de civil law, normativista e codificado, a principal fonte do direito é a legislação.

2.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015

Na jurisdição brasileira, de modo geral e historicamente, os acórdãos e as súmulas são utilizados no sentido de Precedente Persuasivo.

Isto decorre da origem declaratória do sistema de justiça brasileiro. Primeiramente, uma origem na jurisdição romana, de oposição entre o *iurisdictio* e o *imperium*, que segundo Ovídio Baptista “é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias”⁸⁰.

Por segundo, a Revolução Francesa, com a ideologia da separação dos poderes, impôs que a criação do direito era competência tão-somente do Parlamento⁸¹, vedando ao juiz a interpretação da lei.

⁷⁸ Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil, In, Revista de Processo, vol. 124, junho/2005, p. 38.

⁷⁹ Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law, In, Revista dos Tribunais, vol. 752, jun / 1998, p. 12.

⁸⁰ Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

⁸¹ Teresa Arruda Alvim Wambier acentua que o direito no civil law é fruto de dois momentos históricos. O primeiro, com a descoberta, no século XI, de textos jurídicos romanos conservados durante a Idade Média e objeto de intensivo estudo no norte da Itália, principalmente em Bologna, passando a considerar os textos “como paradigmáticos, parte de um Corpus”; o segundo, decorrente da Revolução Francesa e de seus ideais, que resultou “num sistema fortemente alicerçado em bases racionais lógico-sistemáticas, cujo objetivo era conter abusos”. (Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law, In, Revista dos Tribunais, vol. 893, mar/2010, pp. 35/36). No mesmo sentido, Marinoni (Op. cit, pp. 46/56).

Assim, tendo-se como premissa que a aplicação judicial do direito é pautada exclusivamente pela legislação, não havia espaço para encampar-se uma doutrina de precedentes.

A mudança deste dogma, parece autorizado dizer, se iniciou com a Constituição Federal de 1988⁸², dotada de princípios e regras de aplicabilidade imediata para concretização de inúmeros direitos fundamentais então constitucionalizados⁸³.

A aplicabilidade das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, mesmo ante a inexistência de regulamentação infraconstitucional⁸⁴, passou a dar a esta função estatal não só a prerrogativa de declarar o direito, mas, por mais importante, o de efetivá-lo na vida das pessoas.

A evolução em relação ao processo é notória, passando-se de mero instrumento formal para um instrumento de concretização do direito material, permeado pelos princípios constitucionais.

A partir de então, paulatinamente, reformas na legislação foram realizadas para dotar a Jurisdição de instrumentos de efetivação dos direitos e de prestigiamento e respeito as decisões judiciais. Cita-se, exemplificadamente, os seguintes institutos: tutela coletiva, tutela antecipada, súmulas vinculante e impeditiva de recursos, julgamento antecipado da lide, julgamento por amostragem conforme sistemática dos recursos repetitivos, reclamação constitucional, repercussão geral do recurso extraordinário.

A vinculação da Administração Pública ao precedente se dá com as ações de controle concentrado de constitucionalidade, em que a “força vinculante emerge diretamente do julgamento do mérito da causa”⁸⁵ e com a súmula vinculante. A normatividade destas decisões decorre diretamente da Constituição Federal.

⁸² Eduardo de Avelar Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues descrevem: “No Brasil, percebe-se que a Guerra Fria, no contexto internacional, e, mais especificamente, a ditadura militar, no contexto interno, foram acontecimentos que atrasaram até 1988 o início da reestruturação de nosso sistema instrumental conforme a ótica constitucional” (Op. Cit., p. 55).

⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro, In, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

⁸⁴ “O intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal”, conforme leciona Nelson Nery Júnior (Op. Cit., p. 25).

⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. Cit., p. 38.

2.1.1.1. Disciplina na jurisdição brasileira no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe importante inovação sobre a aplicação da doutrina dos Precedentes, impondo que juízes e tribunais sigam os precedentes relacionados no diploma legal em gestação.

De início, portanto, já se vê a diferença com o modelo de *common law*, porquanto neste, como visto, o Precedente é oriundo da cultura da formação jurídica dos países daquele modelo, inexistindo regulamentação legislativa a respeito. Esta diferença, todavia, é óbvia em razão do modelo da jurisdição brasileira, de *civil law*, em que a legislação é que rege as relações, sejam sociais, econômicas, jurídicas e judiciais.

Importante ressaltar que grande parcela da doutrina⁸⁶, corretamente, adverte sobre o cuidado na importação do sistema de precedentes do *common law* para o *civil law*, com o que este estudo, igualmente, apresenta uma visão crítica e jurídica-constitucional a respeito da incidência e aplicabilidade dos Precedentes Vinculantes na Administração Pública.

A Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil bem expõe a ideologia doravante buscada:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à

⁸⁶ Cita-se, sinteticamente: José Rogério Cruz e Tucci (Precedente Judicial como fonte do direito, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 304); Evaristo Aragão Santos (Em torno do conceito e da formação do precedente judicial, In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 137/140); Georges Ab-boud (Op. Cit., 2012, p. 493); Dierle Nunes (Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória, In, Revista de Processo, vol. 199, set/2011, p. 49).

luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema⁸⁷.

Neste cenário, de se buscar a uniformidade das decisões judiciais, com consequente estabilidade das relações sociais, segurança jurídica e diminuição da litigiosidade, é que se indaga se os Precedentes também seriam aplicáveis, vinculativamente ou não, para a Administração Pública.

A resposta a esta questão deve ser buscada, primordialmente, pela análise do princípio da legalidade e do regime de imposição de pronunciamentos judiciais preceituados na Constituição Federal, em consonância com os demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública é a atividade exercida, preponderantemente⁸⁸, pelo Poder Executivo.

De forma simples, tem como fundamento a concreção dos direitos dispostos nas Constituições, seja Federal ou Estadual, e na legislação que rege a vida das pessoas residentes em determinado território. Se dá, primordialmente, com a prestação de serviços públicos nas mais diversas áreas e, na lição de Leonardo José Carneiro da Cunha, é estruturada “para atingir o bem comum e assegurar um mínimo de direitos e garantias para o indivíduo”, tendo “a incumbência intrínseca de executar serviços que revestem o matiz da necessidade e comodidade públicas, voltando seus esforços para o incremento e desenvolvimento de atividades que lhe são impostas pela sociedade”⁸⁹.

Para realização destas obrigações impõe-se que se tenha uma infraestrutura organizada e dependente de pessoas para a sua realização, demandando, também, toda uma legislação específica para o cumprimento de seus misteres

⁸⁷ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 20 ago. 2024.

⁸⁸ O Poder Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público também exercem atividades administrativas como meio de realizarem suas atividades fins.

⁸⁹ A Fazenda Pública em juízo, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 588.

3.1. Princípios

Os princípios que regem a Administração Pública estão, como é cediço, elencados na Constituição Federal. O art. 37, *caput*, dispõe que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

No exercício, portanto, das atividades administrativas, estes princípios devem estar sempre presentes, impondo ao administrador a adoção de medidas concretas para tal desiderato. É dizer, não pode aplicar a lei de forma imoral, pessoal, ineficiente, às escuras; não pode aplicar um princípio moral sem lei; não pode querer, mesmo diante da lei e da presença da moralidade, dar aplicabilidade a norma por satisfação pessoal.

A doutrina publicística, diante da formação histórica e cultural brasileira, de personalismo e patrimonialismo oligárquico⁹⁰, e, para o fim de dar solução a este problema, paradoxalmente, deram maior ênfase ao princípio da legalidade.

Disse-se paradoxal porquanto, a rigor, o princípio da moralidade também deveria merecer tamanho empenho de estudo e aplicação, o que apenas tomou corpo com a promulgação da Constituição Federal. Autores

⁹⁰ As obras literárias de Sérgio Buarque de Holanda e Raimundo Faoro atestam esta assertiva. Para o primeiro: “As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul. É vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagrante dessa pretensão” (Raízes do Brasil, 26ª ed., 36ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 182). Para o segundo: “De Dom João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo. O Capitalismo politicamente orientado – o capitalismo político, ou pré-capitalismo –, centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo – liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi” (Os donos do poder, 5ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2012, p. 819).

há, aliás, que escrevem que o “princípio da moralidade administrativa é o mais relevante princípio da Administração”⁹¹.

Nada obstante, é certo que a atuação administrativa, seja por seus administradores, seja por seus servidores, deve ser realizada mediante balizas de direcionamento, ou seja, há vinculação para exercício dos atos administrativos, o que se dá com a edição de leis e regulamentos para a concretização das comodidades públicas.

A própria Constituição Federal dá, ademais, grande poder de vinculação à lei, ao remeter a mesma, seja ordinária ou complementar, o disciplinamento das relações sociais. O art. 5º, caput, com efeito, diz que somos “iguais perante a lei”, trazendo ínsito em seu conteúdo o poder de controle dos atos estatais. O inciso II estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Daí que, por ter este regramento constitucional, o princípio da legalidade é caracterizado por um grau maior de visibilidade, porquanto faz concretizar em muitas áreas, quando inexistente aplicabilidade imediata das normas constitucionais, os direitos e deveres de uma sociedade. Esta influência decorre da adoção do Estado de Direito, em que se quer “o governo das leis não o governo dos homens”⁹².

⁹¹ O Princípio da Moralidade no Direito Tributário, coord. Ives Gandra da Silva Martins, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p.17. Em continuação aduz o clássico autor: “O art. 37 da CF contém quatro princípios fundamentais a conformar o perfil de administrador público. São a saber: os princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade e aquele da impessoalidade.

Um exame mais pormenorizado dos quatro princípios demonstra que, de rigor, todos terminam por desaguar na moralidade pública. O princípio da legalidade reveste todo o sistema jurídico do país. O art. 5º, inc. I da CF, elenca, como seu alicerce, a obediência à lei, que nos regimes democráticos, aprovada pelos representantes do povo, garante a ordem, oferta segurança e protege os cidadãos. Dizer, pois, que os administradores devem cumprir a lei é reiterar formulação essencial e postada no mais relevante artigo da Constituição Federal que é voltada ao cidadão mais do que àqueles que o devem servir. Por outro lado, determinar que o administrador público deve ser impessoal, pois está à disposição da sociedade, não podendo privilegiar amigos, parentes ou interesses em detrimento do bem servir, é afetar faceta da ética administrativa, sendo, pois, a impessoalidade dimensão parcial da moralidade. O mesmo se dá com o princípio da publicidade. Exceção feita às questões de segurança nacional, os atos administrativos devem ser transparentes, não se admitindo decisões escusas, resoluções de gaveta, visto que o administrado não pode desconhecer as regras da Administração. O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado”.

⁹² BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política, trad., Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 95.

Inerente também a referida legalidade constitucional, ao Estado de Direito, tem-se o Estado Democrático de Direito, em que a função administrativa decorre de outorga de poder popular, que é exercido pelo Poder Legislativo. Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que os agentes do executivo “não podem senão cumprir, à fieldade, os escopos legais, tal como previstos pelo poder sobranceiro, comandante, que é o Legislativo”⁹³.

Além dos princípios expressos no art. 37, é curial não ficar apenas atrelado aos mesmos. A Administração Pública também, como não podia ser diferente, é jungida pelos demais princípios dispostos em todos o texto constitucional.

Dessarte, não se pode negar aplicação na esfera pública, por exemplo, ao princípio da igualdade, à dignidade da pessoa humana, à segurança, como também aos objetivos da República, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.

4. APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A inovação almejada pelo CPC, alterando a historicidade da Jurisdição brasileira baseada na tradição romano-canônica⁹⁴, tem a pretensão de trazer ao sistema jurisdicional, aos jurisdicionados, maior segurança jurídica nas suas relações, sejam entre particulares ou com o Estado.

Dentro deste contexto, indaga-se se a Administração Pública tem o dever, ou apenas faculdade, de também seguir este novel disciplinamento da Jurisdição brasileira dos Precedentes Vinculantes.

A problematização está na permanência ou não do paradigma da atuação administrativa com base no princípio da legalidade, como limitativo ou possibilitador da aplicação dos precedentes vinculantes na Administração Pública e, se possível, o porquê de se adotá-los e quais critérios para tanto.

Ainda, impende pesquisar se além da legalidade, ínsita a atividade política do Poder Legislativo, também a interpretação do Direito pelo Poder Judiciário, no exercício de atividade também política, mas jurisdicional, pode

⁹³ Discricionariedade e controle jurisdicional, 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ser objeto de imputação dos atos do Poder Executivo e, em caso positivo, a forma de efetivação.

4.1. Lei e Legislação

O princípio da legalidade e a sua adoção absoluta é um limitador à aplicação dos Precedentes Vinculantes.

Como visto, a igualdade se dá perante a lei; a concretização dos direitos dispostos no texto constitucional é dependente de regulamentação legal; as pessoas podem fazer tudo o que a lei não proíbe e, a Administração Pública, somente o que a lei impõe.

O poder discricionário, mesmo quando admitido, só o é conforme as diretrizes legais, “porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei”⁹⁵.

Desta forma, não se pode negar que o princípio da legalidade, em nosso ordenamento jurídico e em nossas relações sociais, tem importante força aplicativa e obrigatória, resultado, outrossim, da historicidade dos ideais da Revolução Francesa⁹⁶.

O não atendimento ao quanto estatuído em lei, aliás, dá ensejo à responsabilização do servidor no âmbito administrativo⁹⁷, civil⁹⁸ e também penal⁹⁹.

A doutrina do desvio de poder, a propósito, impõe que a atividade administrativa seja feita tão-somente em consonância com o que dispõe a lei,

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. cit., p. 13.

⁹⁶ A respeito, Eduardo Garcia de Enterría. *La lingua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial: Madri, 1994.

⁹⁷ Veja-se, por exemplo, o quanto estatui a Seção IX, do Capítulo I, do Título IV, da Constituição Federal, que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária. No âmbito tributário, o Código Tributário Nacional é expresso: “Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.” No mesmo diploma legal, o parágrafo único do art. 142 adverte: “A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

⁹⁸ O § 6º do art. 37 da Constituição Federal impõe a responsabilidade por regresso de servidor que atuar com dolo ou culpa. Esta culpabilidade pode naturalmente decorrer do desatendimento deliberado à lei que dispõe sobre o seu ofício.

⁹⁹ Em tese, pode-se enquadrar o servidor no crime de prevaricação, estatuído no art. 319 do Código Penal: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”, com pena de detenção, de três meses a um ano, e multa.

sob pena de invalidade do ato. Note-se que se entende também como desvio de poder as “hipóteses em que, embora buscando um interesse público, o faz mediante ato cuja destinação legal é diversa”¹⁰⁰.

O regramento dos atos da Administração Pública, ademais, está primeiramente estipulado na Constituição Federal, nas respectivas constituições estaduais e, por fim, na legislação (leis, decretos, portarias, etc.).

Em razão disto, necessário que o não atendimento a todo este sistema normativo - constitucional e infraconstitucional -, se dê dentro dele próprio, como uma autopoiese¹⁰¹, com a inclusão de exceções ou regulamentações que possibilitem o seu afastamento ou maleabilidade¹⁰² ao caso em exame.

A necessidade de estabelecer por regulamentação legal a possibilidade de não aplicação da legislação em casos específicos dota o ente público de legitimidade para se submeter aos precedentes judiciais, sem que com isto possa se responsabilizar a Administração Pública e/ou os seus agentes.

Ainda, dá publicidade às pessoas que determinada legislação será, doravante, aplicada consoante o que está sedimentado em precedente judicial. Esta mudança de entendimento não pode ser feita, portanto, de inopino, sem cientificação da sociedade, pois, como dito, o particular pode fazer tudo o que lei não proíbe e, esta permissão está atrelada ao sentido da lei. O inciso II do art. 5º da Constituição Federal assim impõe. Se o sentido da lei era interpretado pela Administração de uma determinada forma, influenciando ou não as atividades privadas, a modificação da atuação estatal, em cumprimento ao princípio da moralidade, deve ser pública¹⁰³.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Op. Cit, p. 64.

¹⁰¹ O conceito de autopoiese é extraído de Niklas Luhmann. Referido autor, no estudo da sociedade, com base em Humberto Maturana, criou a sua teoria dos sistemas, sendo o sistema do direito apenas um dentre os demais sistemas sociais. Refere Luhmann que o “sistema autopoietico produz as operações necessárias para produzir mais operações, servindo-se da rede de suas próprias operações” (Introdução à Teoria dos Sistemas, trad. Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 120). Gunther Teubner trabalhou especificamente sobre o sistema autopoietico no Direito. Para ele, o “Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo” (O Direito como Sistema Autopoietico, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 53).

¹⁰² O conceito de maleabilidade é extraído da obra de Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, 9ª ed, Madrid: Editorial Trota, 2009.

¹⁰³ Celso Antonio Bandeira de Mello é oportuno: “Cumprir, no Estado de Direito, que os administrados estejam, de antemão, assegurados de que o proceder administrativo não lhes causará

Trata-se, também, de aplicação da chamada “doutrina dos atos próprios”, que “diz respeito à obrigação do sujeito titular de direitos ou prerrogativas públicas de respeitar a aparência criada por sua própria conduta anterior nas relações jurídicas subsequentes, ressaltando a confiança gerada em terceiros, regra fundamental para a estabilidade e segurança no tráfego jurídico”¹⁰⁴.

Por mais que se possa parecer uma submissão exacerbada a um positivismo jurídico, em que “se reconhece também que o ordenamento jurídico, além de regular o comportamento das pessoas, regula também o modo como devem ser produzidas as regras”¹⁰⁵, o princípio da segurança jurídica se coaduna com o que ora se defende. Ainda, a previsibilidade da ação estatal, resta garantida neste sentido.

4.2. Direito e Jurisdição

Necessário deixar claro, contudo, que é imperioso que o ordenamento jurídico e, por conseguinte, a Administração Pública, não fiquem adstritos aos limites impostos pela *literalidade* da lei.

Já que compete aos Tribunais Superiores dar a interpretação da Constituição Federal e das leis – competência esta contida dentro do ordenamento jurídico-constitucional –, a referida *literalidade* da lei é de ser entendida em ponderação com a interpretação judicial, cristalizada em Precedente Vinculante.

Esta abertura da literalidade legal, consentânea com os ideais dos precedentalistas do *common law*, no sentido de dar segurança jurídica, confiança, uniformidade e previsibilidade ao sistema, neste caso, administrativo, é um passo importante para se assentar que também a Administração Pública – como de resto não podia ser diferente, mas que até se chegar a maturidade institucional brasileira ainda não se tinha este entendimento –, pode se pautar consoante a interpretação uniforme dada pelos Tribunais.

surpresas. E não as causará tanto porque outros fins, que não os estabelecidos em lei, estão vedados ao administrador, quanto porque estes mesmos fins só podem ser alcançados pelas vias previstas na regra de Direito como as adequadas ao caso” (Op. cit., p. 60).

¹⁰⁴ MODESTO, Paulo. O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública”, In, Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, n. 10, junho/julho/agosto 2007, Salvador.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria geral do Direito, tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 196.

Neste sentido, como ressalta Luís Roberto Barroso¹⁰⁶, “a energia despendida na construção de um muro de separação entre o direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada”, qual seja, a de “entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito”¹⁰⁷.

A consciência exigida é que não deve o Poder Executivo atuar somente mediante os mandamentos do Poder Legislativo, em uma visão de estado liberal, contemporaneamente ultrapassado, mas também em consonância com os princípios constitucionais, notadamente de direitos fundamentais, e em decorrência dos mandamentos do Poder Judiciário neste sentido, feitos por intermédio dos Precedentes Vinculantes.

Trata-se de visualizar a evolução do Estado de Direito para um Estado Constitucional. Na concepção de Gustavo Zagrebelsky:

La ley, un tempo medida exclusiva de todas as cosas en el campo del derecho cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma em objeto de medición. Es destronada em favor de uma instancia más alta. Y esta instancia más alta assume ahora la importantísima función de mantener unidas y em paz sociedades enteras divididas em su interior y concurrenciales. Una función inexistente en outro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad¹⁰⁸.

Reflexamente, esta mudança de mentalidade e sua implementação concreta, fará com que a litigiosidade, hoje frenética, seja, oxalá, reduzida. José Augusto Delgado¹⁰⁹, já em 1997 afirmava que a adoção “do Sistema

¹⁰⁶ Constitucionalização, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, In, As novas fases do ativismo judicial, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 254.

¹⁰⁷ François Rigaux ilustra: “Permitindo-nos extrair uma imagem da física dos corpos gasosos ou das partículas elementares, tanto o aparelho normativo quanto o poder jurisdicional são compostos de moléculas que sofrem atrações e repulsões recíprocas, capazes de modificar-lhes o seu próprio comportamento”. (A lei dos juízes, trad. Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 322).

¹⁰⁸ Op. cit., p. 40.

¹⁰⁹ Súmula vinculante e a Administração Pública. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16164/S%C3%BAmula_Vinculante_Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2024.

Vinculante das decisões judiciais, no âmbito do Poder Judiciário e da Administração, acarretará a diminuição dos litígios que envolvem o Poder Público, consagrando, repito, o direito integral do cidadão e aliviando a máquina do Poder Judiciário”.

Ainda, segundo José Augusto Delgado “*a não-adoção do Sistema Vinculante, no Brasil, prejudica unicamente - já disse - o cidadão, e favorece unicamente o Estado, provocando intenso desvio do princípio democrático*”.

Neste sentido, José Maria Rosa Tesheiner, a propósito da relação da coisa julgada e a isonomia, exemplifica situação corriqueira que calha a presente temática:

Em inúmeros casos, o respeito à coisa julgada fere profundamente a isonomia, que é, dos princípios constitucionais, o primeiro que ela consagra (art. 5.º). Assim, por exemplo, funcionários públicos, sofrendo a incidência da mesma lei, propõem ações individuais, que vão tendo cada qual a sua sorte. Em face das inevitáveis divergências jurisprudenciais sobre a exata interpretação deste ou daquele dispositivo legal, uns vencem, outros sucumbem. Trabalhando lado a lado, executando a mesma tarefa, submetidos à mesma lei, têm uns seus vencimentos majorados e outros não, situação que pode se estender por anos a fio, face à coisa julgada. O remédio da ação rescisória não cura, porque ela não cabe quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais (Súmula 343 do STF) ou por já haver decorrido o curto prazo de dois anos para sua propositura¹¹⁰.

O objetivo de se respeitar os Precedentes Obrigatórios não é apenas para aplicação no ambiente forense, nos milhares de processos judiciais existentes, quando se edita, por exemplo, portarias de dispensas de recursos para os Advogados Públicos ou orientações para o não ajuizamento de ações¹¹¹, mas, de forma ampla e geral, também e principalmente, de meio preventivo e de adoção de práticas administrativas para que novas ações não sejam intentadas, devido a recalcitrância na aplicação de legislação pela Administração Pública, de que se sabe não se coaduna com o entendimento massivo dos Tribunais.

¹¹⁰ Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, São Paulo: RT, 2002, p. 170.

¹¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública federal e os precedentes do STF, In, Revista de Processo n. 214, dez/2012.

Utilizando-se do exemplo referido por Tesheiner, um servidor que opte por judicializar uma questão afeta aos seus vencimentos pode ter os mesmos majorados, em detrimento de outros que não intentaram ações semelhantes e, portanto, não tiveram os seus vencimentos majorados em virtude da aplicação irrestrita da lei pela Administração Pública. Esta problemática pode ter solução singela pela adoção dos Precedentes, desde que nitidamente vinculantes e dentro de balizas regulamentárias, pelo ente público envolvido.

O respeito aos Precedentes Vinculantes no exercício da atividade administrativa, desde que respaldada por legislação orientada neste sentido, é medida que concretiza o entendimento sedimentado pelos tribunais.

O Código de Processo Civil, conquanto vincule apenas juízes e tribunais, merece reflexão para que, diante da ideologia dos Precedentes Vinculantes (uniformidade, previsibilidade, certeza e segurança jurídicas, etc.), também seja aplicável pela Administração Pública.

Não pode o administrador público ficar obtuso a esta nova concepção e realidade institucional e jurisdicional, aguardando passivamente eventual alteração legislativa para exercer o seu múnus. Todavia, também não pode ter uma atitude ativa sem respaldo em legislação, já que, querendo ou não, o princípio da legalidade lhe é impositivo, sob pena, até mesmo, de cometimento de crime de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, I, da Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Isto não impede que, dialogicamente com a legislação e a Jurisdição¹¹², e em consonância com os demais princípios constitucionais, como o da igualdade, moralidade e eficiência, como também ciente da evolução do Estado Constitucional, não adote medidas, dentro do seu campo de atuação e competência, que dê cumprimento aos precedentes vinculantes, pois, conforme assevera Luiz Guilherme Marinoni, “uma vida conforme o direito e, por consequência, permeada pela responsabilidade, só é viável num Estado que resguarda a coerência da ordem jurídica”¹¹³.

Diante deste contexto, não pode a Administração Pública, sob pena de ofensa do princípio da igualdade, negar aplicação ao quanto

¹¹² SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia, In, As novas fases do ativismo judicial, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013.

¹¹³ A ética dos precedentes, São Paulo: RT, 2014, p. 115.

decidido pelos Tribunais em última instância. No Estado Constitucional atual, não se consente com a emanção de duas interpretações, de dois entendimentos diversos acerca de uma dada norma jurídica. O Direito é uno e as funções político-estatais devem zelar pela sua integridade e uniformidade.

Esta aplicabilidade, contudo, deve ser realizada somente após a sedimentação do entendimento pelos Tribunais, mediante precedentes vinculantes, em que tenha ocorrido amplo debate pelas partes e, se possível, por terceiros, como a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas¹¹⁴, dando-se um enfoque, mesmo que diminuto, de democraticidade ao precedente judicial.

Note-se que o papel político da Jurisdição brasileira, nos termos do princípio da inafastabilidade do controle judicial, é de defesa contra ameaça ou lesão a *direito*. Por *direito*, portanto, se entende, é cediço, não só a lei, mas também os princípios existentes no ordenamento jurídico nacional, além de outros encampados pela República Federativa do Brasil, definidores dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º).

Diante deste cenário, o Direito descrito sedimentadamente pela Jurisdição, assentado em Precedente Obrigatório, deve ser considerado pela Administração Pública, que não pode, no contexto contemporâneo, ficar a mercê de legislações que não acompanham o desenvolvimento social e institucional. Com isto, tenta-se evitar o que Manuel Castells denominou de “crise de governança”, “relacionada a uma crise fundamental de legitimidade política, caracterizada pela distância cada vez maior entre os cidadãos e seus representantes”¹¹⁵.

O papel da atividade jurisdicional não é mais, de maneira notória, de simples intérprete da lei, de resolução e efeitos de julgamento tão-somente para as partes envolvidas no processo. As decisões judiciais, hodiernamente, transcendem o caso julgado, refletindo nos demais julgamentos do próprio órgão prolator, como dos demais órgãos integrantes da jurisdição. Em vista desta novel característica da Jurisdição e do constitucionalismo

¹¹⁴ MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil, In, As novas fases do ativismo judicial, orgs. André Luiz Fernandes Fellet, Daniel Gotti de Paula, Marcelo Novelino, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 536.

¹¹⁵ A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global, In, Por uma Governança Global Democrática (vários autores), São Paulo, Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2005, p. 96.

contemporâneo, muito já discutido na doutrina¹¹⁶, o isolamento da Administração Pública em um mundo legislado não cumpre os demais princípios constitucionais a ela vinculantes, notadamente o da eficiência, da moralidade e da igualdade.

Trata-se, a rigor, da adoção do que Marcelo Neves denomina de “racionalidade transversal”, que seria um *plus* ao acoplamento estrutural de Niklas Luhmann, no sentido de que este é bilateral e pode deixar os sistemas sem desenvolvimento e evolução, em razão da “atomização” e da “expansão imperialista”; e, na racionalidade transversal, o entrelaçamento se dá em mais de dois sistemas, como “pontes de transição” e, sem essas, diz o autor, “mesmo que superadas as corrupções sistêmicas no plano estrutural, permaneceremos em um constitucionalismo autista, provinciano, autossuficiente (perigo de atomização), ou caminharemos para um constitucionalismo imperial como ultima ratio do social”¹¹⁷.

Uma solução que se reputa adequada e salvaguardadora do exercício das atividades públicas e privadas, além de “legalizar” a atuação estatal, é a edição de uma norma autorizativa regulamentadora para aplicação de precedentes vinculantes pela Administração Pública. Esta lei seria um acoplamento estrutural entre os sistemas judiciais e legislativos, havendo, com a adoção pela Administração dos Precedentes em razão desta norma autorizativa, o exercício de uma racionalidade transversal (três sistemas entrelaçados – legislativo, judiciário e administrativo), pois, com base empírica do que foi definido nos Precedentes Vinculantes, pode ou não, adotá-los.

Ainda, aduz Neves que a consistência jurídica e a adequação social do direito dependem do princípio da igualdade¹¹⁸ e se não se oferecer em todos os sistemas igualdade de oportunidades, o princípio da igualdade torna-se inócuo¹¹⁹. A adoção dos precedentes pela Administração possibilita que entre os sistemas jurisdicional e legal, entre, portanto o jurídico e o político, se efetive o princípio da igualdade, no sentido de dar aos que não buscaram amparo na jurisdição, a mesma oportunidade daqueles que obtiveram em razão de terem sido agraciados com a interpretação do direito judicialmente.

¹¹⁶ A respeito das diversas posições doutrinárias, CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Hermenêutica e argumentação neoconstitucional*, São Paulo: Atlas, 2009.

¹¹⁷ *Transconstitucionalismo*, São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 51.

¹¹⁸ *Ibid*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibid*, p. 68.

Isto porque, com “o princípio constitucional da isonomia como expressão da racionalidade jurídica no plano da coerência interna e adequação externa do direito, passa-se da igualdade como forma lógica para a igualdade como norma”.¹²⁰

4.3. Precedentes Diretamente Vinculantes e Precedentes Indiretamente Vinculantes

Necessário, por fim, diferenciar os Precedentes Vinculantes que podem ter uma aplicabilidade direta pela Administração Pública e aqueles pelos quais se faz imperativo uma lei autorizativa, a ponte de transição antes referida entre os sistemas jurisdicional e o político.

Com efeito, a classificação proposta, de acordo com a força normativa do Precedente que decorre do texto constitucional, é da existência de Precedentes que vinculam diretamente a Administração Pública e os que a vinculam indiretamente, precisando, para incidência na atividade administrativa, de lei autorizativa, mormente porque a legislação processual não tem competência constitucional para impingir condutas à Administração Pública.

Os Precedentes Diretamente Vinculantes têm aplicação direta desde que a “legislação autorizativa” advenha da Constituição Federal, como as súmulas vinculantes e as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. A força normativa de tais pronunciamentos judiciais tem natureza constitucional e, como tal, alcançam todos os Poderes estatais. Ora, é do texto de uma Constituição que se extrai a forma de vida de uma sociedade e de suas instituições, sendo imperativos seus comandos¹²¹.

Os precedentes indiretamente vinculantes à Administração Pública, aqueles em que a autorização de aplicação na Administração Pública advém de lei, são os demais elencados no art. 927 do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo

¹²⁰ Ibid, p. 69.

¹²¹ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial quais dos tribunais.

Os precedentes indiretamente vinculantes assim se denominam porque a sua normatividade ainda é limitada à Jurisdição. A adoção pela Administração Pública de tais Precedentes não é, por conseguinte, direta, automática, mas sim indireta, pois depende da propalada lei autorizativa, como ponte de transição entre os sistemas jurisdicional e administrativo.

À propósito, no Supremo Tribunal Federal já se enfrentou, de forma breve, a impossibilidade de uma decisão de Recurso Extraordinário com Repercussão Geral, em face de uma lei estadual, ser aplicável também para outros Entes da Federação de forma automática. É exemplo o julgamento do RE 851.108/SP (Tema 825)¹²² que, mesmo decidido pelo STF impôs a propositura de 24 ADI's pelo Procurador-Geral da República para afastar, perante as Administrações Públicas respectivas, as legislações que lhes eram impostas¹²³.

Parece adequado afirmar, ainda, que o art. 30 da LINDB¹²⁴, de certa forma, também encampou esse posicionamento de Precedentes Indiretamente Vinculantes à Administração Pública, disciplinando, de maneira inicial, mas não integral, o que se denomina de “lei autorizativa” de aplicação de Precedentes, porquanto impõe (o verbo utilizado é “devem”) uma atuação das autoridades públicas no sentido de dar aplicabilidade às normas. No cenário ora desenhado, Precedentes Vinculantes a serem respeitados administrativamente.

¹²² Foi fixada a seguinte tese: “É vedado aos estados e ao Distrito Federal instituir o ITCMD nas hipóteses referidas no art. 155, § 1º, III, da Constituição Federal sem a intervenção da lei complementar exigida pelo referido dispositivo constitucional”.

¹²³ As ações diretas correspondem aos seguintes Estados: Pernambuco (ADI 6.817) ; Paraná (ADI 6.818); Pará (ADI 6.819); Tocantins (ADI 6.820); Maranhão (ADI 6.821); Paraíba (ADI 6.822); Santa Catarina (ADI 6.823); Rondônia (ADI 6.824); Rio Grande do Sul (ADI 6.825) ; Rio de Janeiro (ADI 6.826); Piauí (ADI 6.827); Alagoas (ADI 6.828); Acre (ADI 6.829); São Paulo (ADI 6.830); Goiás (ADI 6.831); Espírito Santo (ADI 6.832); Distrito Federal (ADI 6.833); Ceará (ADI 6.834); Bahia (ADI 6.835); Amazonas (ADI 6.836); Amapá (ADI 6.837); Mato Grosso (ADI 6.838); Minas Gerais (ADI 6.839); Mato Grosso do Sul (ADI 6.840).

¹²⁴ “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”.

5. CONCLUSÃO

A influência dos Precedentes, sejam obrigatórios ou não, sobre os órgãos do Poder Judiciário, é clara no sistema jurisdicional brasileiro. O CPC, com o fito de elastecer a aplicação de determinadas decisões judiciais na Jurisdição brasileira, fruto da experiência do sistema common law, impõe que juízes e tribunais acatem os precedentes obrigatórios em seus julgados. Baseia-se, para tanto, no princípio da isonomia.

A doutrina, além do princípio isonômico, refere ainda que haveria uniformidade e previsibilidade nos julgamentos, estabilidade das relações e segurança jurídica. Por isso, suscitou-se se os Precedentes Obrigatórios, ante as vantagens apresentadas, poderiam ser também aplicados pela Administração Pública.

O princípio da legalidade afigura-se, a priori, impeditivo, entretanto, em consonância com os princípios constitucionais, tanto afetos a Administração Pública, quanto de direitos fundamentais, constata-se que pode haver a adoção pelos administradores e agentes públicos do quanto definido como Precedente Obrigatório.

Esta encampação, contudo, não pode ser automática, sob pena de ilegalidade e responsabilização dos agentes envolvidos, que poderia se dar na esfera administrativa, civil e/ou criminal.

Por isto, deve-se respaldar a Administração Pública de instrumentos normativos que lhe possibilitem o afastamento da literalidade da lei para que, em conformidade com o entendimento cristalizado em precedente obrigatório, possa-se adotá-lo.

Esta possibilidade concretiza e uniformiza, nos Poderes de Estado, o entendimento do Direito e, por conseguinte, a igualdade institucional, individual e coletiva.

Dessarte, conquanto a Administração deva ser influenciada pelos Precedentes Vinculantes, ante a novel característica da Jurisdição nacional e do constitucionalismo contemporâneo, notadamente com as últimas reformas processuais e com a regulamentação do CPC/2015 a respeito, há de existir, para tanto, legislação neste sentido, sob pena de infração funcional do agente, como também incursão, em tese, no crime de responsabilidade.

Pondera-se sobre uma abertura pela legislação no sentido de atribuir ao Administrador maior campo de liberdade na adoção dos Precedentes Vinculantes, classificando-os em direta ou indiretamente vinculantes.

Os Precedentes Diretamente Vinculantes retiram sua normatividade da própria Constituição Federal, de modo a incidir, sem necessidade de outros atos legislativos ou regulamentares, na atividade administrativa. São as súmulas vinculantes e as decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

De outra forma, os Precedentes Indiretamente Vinculantes são aqueles elencados no art. 927 do Código de Processo Civil e que sua aplicação na Administração Pública necessita de uma lei autorizativa, sem a qual sua incidência fica restrita à atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante** – A ineficiência e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In, Direito jurisprudencial, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**, trad. do autor [orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier], 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. In, **Revista dos Tribunais**, vol. 893, mar/2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discrecionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., 9ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**, vol. 1, 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**, 19ª ed., 5ª tiragem, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constitucionalização do processo no direito brasileiro, in, Estudos de Direito Processual Constitucional: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalização, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In, **As novas fases do ativismo judicial**, FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, trad., Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do Direito**, tradução Denise Agostinetti, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do Brasil**, 26ª ed., 36ª reimpressão, São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

CASTELLS, Manuel. A Crise da Democracia, Governança Global e a Emergência de uma Sociedade Civil Global. In, Por uma Governança Global Democrática (vários autores), São Paulo, Instituto Fernando Henrique Cardoso, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**, São Paulo: Atlas, 2009.

COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In, **Revista dos Tribunais**, vol. 752, jun/1998.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do direito**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 8ª ed., São Paulo: Dialética, 2010.

DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In, **Estudos de Direito Processual Constitucional**: homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do Direito, Malheiros: São Paulo, 2009.

DELGADO, José Augusto. **Súmula vinculante e a Administração Pública**. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16164/S%C3%BAmula_Vinculante_Administra%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1. Acesso em 20 ago. 2024.

DEMO, Pedro. Argumento de autoridade x autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. La língua de los derechos: la formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Alianza Editorial: Madri, 1994.

FAORO, Raimundo. Os donos do poder, 5ª ed., São Paulo: Editora Globo, 2012.

FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos, trad. Antonio Carlos Diniz de Andrada, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, [s/d].

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 1991.

LAMY, Eduardo de Avelar, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. A Administração Pública federal e os precedentes do STF. In, **Revista de Processo** n. 214, dez/2012.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, trad. Ana Cristina Arantes Nasser, Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**, São Paulo: RT, 2014.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Princípio da Moralidade no Direito Tributário**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais - Centro de Extensão Universitária, 1998.

MEDEIROS, Bernardo Abreu. Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil. In, **As novas fases do ativismo judicial**. FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo I, arts. 1º a 45, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**, São Paulo: editora WMF Martins Fontes, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2004.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. In, **Revista de Processo** n. 199, set/2011.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**, trad. Edmir Missio, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

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

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões, In, **Revista de Processo**, vol. 226, 2013.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In, **As novas fases do ativismo judicial**, FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Gotti; NOVELINO, Marcelo (orgs.), Salvador: JusPodivm, 2013.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. In, **Revista de Processo** n. 110, abr./2003.

TESHEINER, José Maria Rosa. Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil, São Paulo: RT, 2002.

TEUBNER, Gunther. O Direito como Sistema Autopoiético, trad. José Engrácia Antunes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil. In, Revista de Processo n. 124, jun./2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia, 9ª ed, Madrid: Editorial Trota, 2009.

Enviado em 22.08.2024.

Publicado em 20.05.2025.



Este trabalho está licenciado sob uma licença Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International Licence.