

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ERA DA VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A NECESSÁRIA REDEFINIÇÃO DE JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

PUBLIC ADMINISTRATION IN THE ERA OF JUDICIAL PRECEDENTS: THE NECESSARY REDEFINITION OF ADMINISTRATIVE JURIDICITY



Simone Maria Ferreira da Costa¹

RESUMO: Neste trabalho, discute-se a influência dos precedentes judiciais vinculantes, notadamente os elencados no artigo 927 do CPC/2015 sobre a atuação da Administração Pública. Considerando que no Brasil a atividade administrativa não mais se pauta na legalidade estrita, mas sim em um princípio mais amplo que é o da juridicidade, o qual envolve o complexo sistema de regras e princípios constitucionais, sustenta-se o entendimento de que não só juízes e tribunais estão vinculados aos precedentes do artigo 927 do CPC/2015, mas também a Administração Pública, apesar de não haver qualquer previsão na lei processual nesse sentido. Com efeito, propõe-se uma redefinição de juridicidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Precedentes judiciais. Vinculação. Juridicidade administrativa.

ABSTRACT: This paper discusses the influence of judicial precedents, notably those listed in article 927 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015, on the performance of Public Administration. Considering that in Brazil administrative activity is no longer based on strict legality, but on a broader principle, juridicity, which involves the complex system of constitutional rules and principles, the understanding is that not only judges and courts are binding to these judicial precedents, but also to the Public Administration, although there is no express provision in the procedural law in this regard. Indeed, a redefinition of administrative juridicity is proposed.

KEYWORDS: Public Administration. Judicial precedents. Binding. Administrative juridicity.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A crise da lei formal e a juridicidade administrativa de Gustavo Binenbojm. 2. O sistema de precedentes judiciais vinculantes do CPC/2015 e o debate da doutrina. 3. Os precedentes judiciais vinculantes do art. 927 do CPC/2015 como novo paradigma de normatividade para o administrador público. 4. A nova juridicidade administrativa e seus impactos na atuação da advocacia pública. 5. Conclusão. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1. The crisis of formal law and the administrative juridicity of Gustavo Binenbojm. 2. The system of binding precedents of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 and the debate on doctrine. 3. The binding precedents of article 927 of the Brazilian Civil Procedure Code of 2015 as a new normativity paradigm for the public administrator 4. The new administrative juridicity and its impacts on the performance of Public Attorney .5. Conclusion. References.

¹Advogada. Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Contato: simone_mfc@hotmail.com

Introdução

Historicamente, o Brasil se vincula à tradição jurídica romano-germânica (*civil law*), na qual se reconhece a lei como a fonte principal do direito. Não obstante, é possível notar um crescente movimento de valorização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico pátrio, os quais encontram inspiração no sistema jurídico anglo-saxônico (*common law*).

Recentemente, seguindo esse movimento e atento à necessidade de se conferir maior previsibilidade, estabilidade e coerência às decisões judiciais, o legislador brasileiro formalizou em nosso ordenamento, por meio do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes vinculantes.

Este trabalho tem como objetivo discutir se tais precedentes, notadamente os elencados nos incisos do artigo 927 do novo diploma processual², os quais são de observância obrigatória para juízes e tribunais, deveriam também exercer influência sobre a atuação da Administração Pública, apesar de não haver qualquer previsão na lei processual nesse sentido.

Quanto aos precedentes elencados nos incisos I (decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade) e II (enunciados de súmula vinculante), não restam quaisquer dúvidas quanto aos seus efeitos vinculantes para a Administração Pública, uma vez que a própria Constituição estabelece tal vinculação de forma expressa em seus artigos 102, §2^o e 103-A⁴.

O debate na doutrina concentra-se em relação aos demais precedentes contidos no referido dispositivo legal, quais sejam, incisos III (acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos), IV (enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional) e

² CPC/2015: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: 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 das 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”.

³ CRFB: “Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

⁴ CRFB: “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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”.

V (orientações do plenário ou do órgão especial respectivo).

A despeito de se reconhecer a existência de opiniões doutrinárias divergentes, o presente trabalho sustenta o entendimento de que deve haver vinculação do administrador público a todos os precedentes judiciais mencionados nesse dispositivo legal, eis que o Brasil adota o sistema da jurisdição una e que a atividade administrativa não mais se pauta na legalidade estrita, mas sim em um princípio mais amplo que é o da juridicidade.

Gustavo Binbenojm, em sua obra *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*⁵ define a juridicidade como a vinculação da Administração Pública não apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico com um todo, o qual, no caso brasileiro, se manifesta da seguinte forma: Constituição (CRFB), Leis infraconstitucionais e Regulamentos.

Ocorre que a CRFB traz no seu bojo um número significativo de normas principiológicas e, portanto, de conteúdo aberto, cabendo ao Poder Judiciário a tarefa de dar densidade a tais normas constitucionais. Estando o administrador público agora vinculado diretamente a Constituição, por meio da juridicidade, defende-se, então, que esta deve passar a absorver também o conteúdo produzido pelos órgãos jurisdicionais, como forma de se viabilizar a vinculação direta à CRFB.

Assim, propõe-se neste trabalho uma redefinição de juridicidade administrativa. Esta deve ser ampliada e passar a incluir nesse bloco de legalidade exposto por Binbenojm também os precedentes judiciais previstos no artigo 927 do CPC/2015, já que formalmente inseridos no nosso ordenamento e alinhados com valores inerentes a um Estado Democrático de Direito, tal qual é o Brasil.

Para sustentar tal entendimento, explica-se inicialmente o contexto em que se deu a superação do positivismo legalista e a vinculação da Administração Pública à juridicidade e não mais a legalidade estrita. Dá-se especial ênfase ao processo de constitucionalização do direito, o qual foi determinante para a releitura dos institutos que tradicionalmente regeram a atuação da Administração Pública.

Em seguida, é analisado o sistema brasileiro de precedentes judiciais vinculantes trazido pelo CPC/2015, a luz da teoria do *stare decisis*. Pontua-se as justificativas para a adoção de um sistema de precedentes vinculantes, bem como suas diferenças em relação ao sistema observado na *common law*, as quais fundamentam as críticas doutrinárias sobre o sistema

⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

brasileiro.

Demonstra-se que mesmo apresentando certas peculiaridades, os precedentes judiciais elencados no artigo 927 do CPC/2015 revestem-se de efeitos vinculantes no nosso ordenamento, devendo ser compreendidos no contexto atual como mais um paradigma de normatividade para o administrador público, ainda que ausente qualquer menção expressa na lei processual. A juridicidade é, então, redefinida.

Por fim, são discutidos os impactos da nova juridicidade administrativa sobre a atuação dos advogados públicos - especialmente na atividade consultiva – e seu uso como ferramenta potencial para a redução da litigiosidade e incremento da eficiência administrativa. O trabalho, nessa medida, tangencia o Direito Processual Civil, o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, analisando e correlacionando a doutrina e os postulados desses ramos do direito.

1. A crise da lei formal e a juridicidade administrativa de Gustavo Binenbojm.

Conforme é sabido, até o século XX prevalecia nos países de tradição jurídica romano-germânica a cultura de que a lei editada pelo legislativo era a fonte primária do direito (*legiscentrismo*). O Juiz era considerado tão somente a “boca” da lei, como se referia Montesquieu.

Os teóricos deste período, influenciados por ideias iluministas e pelas revoluções burguesas do século XVIII, sustentavam que a lei seria um produto da razão, capaz de regular todos os fatos relevantes da vida, possuindo legitimidade por ser emanada pelos representantes do povo (positivismo jurídico).

Nesse contexto de divinização da lei, as Constituições eram vistas como meros “programas políticos”, sendo desprovidas de qualquer força normativa. Serviam para inspirar a atuação legiferante, mas não para serem invocadas perante o Poder Judiciário na defesa de direitos.

Contudo, notadamente no cenário do pós Segunda Guerra Mundial, houve o esvaziamento desse modelo legalista, ao que Gustavo Binenbojm⁶ chamou de “crise da lei

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 131.

formal”. Com efeito, observou-se a ascensão de um novo paradigma jurídico, no qual a Constituição ganhou maior relevância no sistema normativo como fonte do direito.

Gustavo Binjenbojm⁷ aponta cinco razões para a crise da lei formal, sendo a primeira delas a proliferação ou a inflação legislativa. Ancorados no mito positivista de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais, os parlamentos dos países do sistema do *civil law* acabaram por produzir leis em excesso. Em razão disso, houve certa banalização da lei, esvaziando-se o sentimento de respeito a esta e sua “majestade”.

Além da inflação legislativa, o mesmo autor⁸ aponta como segunda razão para a superação do positivismo legalista, a constatação histórica de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade e pode também vir a ser usada como fundamento para a barbárie, haja vista que as atrocidades do regime neonazista estavam legitimadas por normas jurídicas.

Na esteira dessa constatação, Binjenbojm⁹ cita o triunfo do constitucionalismo como a terceira razão para a crise da lei formal. Trata-se, aqui, de um constitucionalismo não mais voltado exclusivamente a ideia de limitação de poder político, mas atrelado, sobretudo, à necessidade de concretização dos direitos fundamentais - o que a doutrina convencionou chamar de neoconstitucionalismo.

Nesse cenário, a Constituição, na qualidade de sistema de valores e princípios, ganha força de norma jurídica e irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, o qual “apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando-se a falar numa constitucionalização do direito”, conforme explica Binjenbojm¹⁰.

Dessa forma, toda a legislação infraconstitucional passou a ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, estando submetida, portanto, aos valores democráticos e aos direitos fundamentais. Nas palavras de Binjenbojm¹¹: “Trata-se de realizar uma verdadeira filtragem constitucional do direito, de modo a reinterpretar os seus institutos, buscando-se não só evitar conflitos com a Lei Maior, mas também potencializar os valores e princípios que esta consagra.”.

Com a emergência do neoconstitucionalismo, a lei perde a sua soberania diante do desenvolvimento de meios de controle dos atos legislativos e o seu protagonismo como fonte do direito. A Constituição passa a ser a principal fonte da disciplina jurídica.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 133.

⁸ *Ibidem*, p. 134.

⁹ *Ibidem*, p. 135.

¹⁰ *Ibidem*, p. 136.

¹¹ *Ibidem*, p. 65.

No Brasil, esse processo de constitucionalização do direito se evidenciou com a promulgação da Carta Magna de 1988 (CRFB), nascida no contexto de redemocratização do país. A CRFB incorporou à ordem jurídica pátria valores como dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica e igualdade, entre outros, além de instituir um complexo mecanismo de controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

A extensão da função legislativa ao Poder Executivo pela Constituição é apontada por Binenbojm¹² como a quarta razão para a crise. Atos administrativos diversos da lei passaram a ser capazes de servir de fundamento à atuação da Administração Pública. Além disso, a função regulatória do estado, com o advento as agências reguladoras, passou a ser exercida sem necessidade de se submeter os atos normativos ao moroso processo legislativo.

A quinta razão para a crise da lei indicada pelo referido autor¹³ foi o fato de o Poder Executivo passar a exercer certo controle sobre o processo legislativo. Controle esse feito tanto diretamente (quando a iniciativa da lei é do Executivo, por exemplo) quanto por negociações com parlamentares. Assim, a Administração Pública passou a ter influência sobre os instrumentos de sua própria vinculação, esvaziando o papel da lei formal como ato limitador da atuação administrativa.

Evidentemente, a crise da lei formal e o processo de filtragem constitucional têm gerado impactos profundos em todos os ramos do direito. No âmbito do Direito Administrativo, o reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais acabou por alterar os paradigmas que tradicionalmente regeram a atuação da Administração Pública.

Em outras palavras, a supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico fez com que os princípios e regras nela previstos se infiltrassem na atividade administrativa, ocasionando uma releitura dos seus institutos pela ótica constitucional. Exemplo disso foi a transformação da concepção da legalidade administrativa.

Em razão do normativismo kelseniano, concebia-se a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei (doutrina da *positive Bindung*), ou seja, a Administração Pública tinha como pressuposto necessário para sua atuação a previsão legal.

No Brasil, diversos autores são representantes deste pensamento. Em sua clássica definição do princípio da legalidade, Helly Lopes Meirelles¹⁴ afirma que “enquanto na

¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 138-139.

¹³ *Ibidem*, p. 140.

¹⁴ MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Esse entendimento que predominou no século XX tratou o administrador como um mero cumpridor das disposições legais. No silêncio da lei, não seria lícito à Administração Pública executar nenhum ato. Nesse sentido, concorda Diógenes Gasparini¹⁵ ao afirmar que a Administração está presa aos ditames da lei:

De fato, este (o particular) pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela (a Administração) só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente).

Ocorre que pelas mesmas razões apontadas como responsáveis pela crise da lei formal e, neste caso, especialmente em razão da emergência do neoconstitucionalismo, para Gustavo Binenbojm¹⁶ já não se pode mais conceber a atuação da Administração Pública pautada estritamente em uma vinculação positiva à lei.

Explica esse mesmo autor¹⁷ que com a constitucionalização do Direito Administrativo e a consequente ligação direta da Administração Pública aos princípios constitucionais, a legalidade deixou de ser o fundamento único e último da atividade administrativa para se tornar apenas mais um dos princípios que compõem o bloco de legalidade que orienta a atuação do administrador público.

Dito de outro modo, a Administração Pública passou a estar vinculada não apenas à lei formal, mas a todo o sistema valores e princípios constitucionais, com especial destaque para o sistema de direitos fundamentais., - o que a doutrina chamou de princípio da juridicidade administrativa.

Pautado pela juridicidade, o administrador público deixou a posição de um mero aplicador da lei, para se tornar um aplicador direto da Constituição, contribuindo, dessa forma, com objetivo central do ordenamento de concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, exemplifica Binenbojm¹⁸:

O administrador público (...), diante de uma determinada tomada de decisão

¹⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 147.

¹⁷ *Ibidem*, p.147.

¹⁸ *Ibidem*, p.137.

discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, *caput*), podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas.

Conforme sustenta Binjenbojm¹⁹, a atividade administrativa continua a realizar-se segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), mas pode também decorrer diretamente de preceito constitucional, independentemente da existência de lei formal (atividade *praeter legem*). Pode, ainda, realizar-se contra a lei, desde que fundamentada numa ponderação do princípio da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*).

Dessa forma, considerando que juridicidade administrativa compreende a vinculação da Administração Pública não apenas a lei, mas ao ordenamento jurídico com um todo sistêmico e que o Brasil é um país de tradição jurídica da *civil law* - ou seja, predomina aqui o direito posto - Binjenbojm²⁰ aponta como elementos normativos que compõem o bloco de legalidade administrativa:

- (I) As normas constitucionais (devendo também serem consideradas as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas Municipais);
- (II) A legislação infraconstitucional (espécies normativas previstas nos incisos II a V do art. 59 da CRFB²¹); e
- (III) Os regulamentos (presidenciais, setoriais, ministeriais e de outros órgãos da Administração direta e indireta, veiculados por decretos, resoluções, portarias ou circulares).

Ocorre que com a inserção formal de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da entrada em vigor do CPC/2015, nota-se a necessidade de ampliação do referido rol de elementos normativos que compõem a juridicidade administrativa de Binjenbojm. Isso porque, conforme será demonstrado, tais precedentes vinculantes sugerem o nascimento de um novo paradigma de normatividade para o administrador público.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, verifica-se uma valorização crescente da atividade jurisdicional no ordenamento jurídico brasileiro e da atribuição de efeitos

¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 148.

²⁰ *Ibidem*, p. 149.

²¹ CRFB: “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções (...)”.

vinculantes a estes²². Isso se deve em razão do movimento de aproximação entre as tradições jurídicas do *comon law* e do *civil law* que tem se observado na atualidade, impulsionado, sobretudo, pelo fenômeno da constitucionalização do direito.

Importante notar que não se trata de um caso exclusivamente tupiniquim. Conforme assevera Michael Zander²³ seria difícil apontar um país de tradição jurídica da *civil law* que não tenha incorporado hoje, ao menos parcialmente ou com adaptações, a concepção dos precedentes vinculantes.

Veja-se que a partir do momento em que a Constituição passou a ser o principal referencial de aplicação do direito, ganhou destaque a jurisdição por ter o papel de resguardar e dar densidade às normas constitucionais - já que boa parte delas é de natureza principiológica, e, portanto, de conteúdo aberto. Nesse sentido, sustenta Luigi Ferrajoli²⁴: “qualquer enunciação não meramente retórica dos direitos fundamentais implica referência inevitável à jurisdição.”

Nesse contexto de valorização e de expansão da atividade jurisdicional, o Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2015 formalizou a criação de um sistema de precedentes vinculantes em seus artigos 926 e 927²⁵, estabelecendo um rol de decisões judiciais de observância obrigatória para juízes e tribunais.

Assim, cabe o seguinte questionamento: *não deveriam os precedentes judiciais vinculantes mencionados nos incisos do art. 927 do CPC/2015 vincular também a atuação do administrador público e, dessa forma, integrar o rol de fontes normativas que compõem a definição de juridicidade administrativa de Gustavo Binenbojm?*

Conforme já adiantado, quanto aos precedentes elencados nos incisos I (decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade) e II (enunciados de súmula vinculante), não restam quaisquer dúvidas de que sim, uma vez que a própria Constituição estabelece tal

²² Nesse sentido, cite-se OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 29 e MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.99.

²³ ZANDER, Michael. *The law-making process*. 7 ed. Oxford: Hart Publishing, 2015, p.208 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.31.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e dela Democrazia*. Roma-Bari, 2007, p. 675 *apud* TARUFFO, Michele. *Processo Civil comparado*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.128.

²⁵ CPC/2015: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: 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 das 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.”

vinculação em seus artigos 102, §2º e 103-A.

As incertezas pairam em relação aos demais precedentes contidos no referido dispositivo, quais sejam, incisos III (acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos), IV (enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional) e V (orientações do plenário ou do órgão especial).

Para responder à questão suscitada, necessária se faz uma análise sobre o sistema brasileiro de precedentes judiciais vinculantes instituído pelo CPC/2015, especialmente sobre suas diferenças em relação ao sistema de precedentes da *common law*. Diferenças essas que, para parte da doutrina, supostamente esvaziariam o caráter vinculante de tais precedentes, conforme será tratado a seguir.

2. O sistema de precedentes judiciais vinculantes do CPC/2015 e o debate da doutrina

A vinculação a precedentes judiciais no Brasil vem ganhando corpo por meio de um processo paulatino, o qual, até o presente momento, teve como último e mais relevante ato a entrada em vigor do CPC/2015²⁶.

Antes do novo diploma processual, consoante Hermes Zaneti Jr.²⁷, o Brasil apresentava um modelo fraco de vinculação a precedentes judiciais. Segundo este autor: “Tínhamos uma ideologia que, do ponto de vista cultural e normativo, compreendia os precedentes como instrumentos fracos de persuasão e não como normas vinculantes do nosso sistema”.

Ou seja, os precedentes judiciais tinham eficácia tão somente persuasiva. Os tribunais brasileiros orientavam-se por seus próprios julgados, bem como pelos julgados de órgãos superiores, pois estes representavam uma espécie de referência para uma adequada compreensão do direito positivo, sem, contudo, haver uma vinculação formal.

Isso porque embora houvesse previsão constitucional de vinculação para alguns casos, como nas decisões do STF em ações de controle concentrado de constitucionalidade (art.

²⁶ Nesse sentido, cite-se BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Revista da AGU, v.15, n.3, 2016.

²⁷ ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 357.

102, §2º, CRFB) e nas súmulas aprovadas por decisão de dois terços dos membros desta mesma Corte (art. 103-A, CRFB), não havia uma regra geral de *stare decisis* ou de precedentes vinculantes, tal qual nos países de tradição da *common law*.

A teoria do *stare decisis*, - decorrente do latim *stare decisis et non quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido) - é uma característica do sistema do *common law* e, conforme ensina Toni Fine²⁸, compreende a ideia de que uma vez que um tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentam fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior.

Para autores como Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello²⁹, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira³⁰, Weber Luiz de Oliveira³¹, Luiz Guilherme Marinoni³² e Daniel Mitidiero³³ o CPC/2015 alterou essa realidade de precedentes de eficácia somente persuasiva e consagrou no Brasil a teoria do *stare decisis*, ainda que com temperos diversos, ao disciplinar nos artigos 926 e 927 a vinculação vertical e horizontal de juízes e tribunais a precedentes judiciais.

Sobre a consagração da teoria do *stare decisis* pelos referidos dispositivos legais, Daniel Mitidiero³⁴ assim observa:

(...) é imprescindível notar que a regra do *stare decisis* entre nós não decorre propriamente dos arts. 926 e 927 do CPC. A regra (...) - em suas duas dimensões horizontal e vertical - decorre da compreensão do papel adstritivo da interpretação e da necessidade daí oriunda em densificar a segurança jurídica a partir não só da atuação de um *juge inanimé* ou de um juiz *oracle of the law*, mas levando-se em consideração a conjugação do trabalho do legislador, da doutrina e do juiz. A regra do *stare decisis* constitui a referência da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando todas as Cortes de justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar - isto é, aplicar - os precedentes das Supremas Cortes e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical). Isso quer dizer duas coisas: que a regra do *stare decisis* constitui uma norma que densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação. *Stare decisis*, a *similibus ad similia* e *treat like cases alike* são expressões que visam a promover um estado de coisas seguro - que de seu

²⁸ FINE, Toni. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte americano*. In: Revista dos Tribunais, vol. 782, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

²⁹ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Revista da AGU, v.15, n.3, 2016.

³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³¹ OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes Judiciais na Administração Pública: Limites e Possibilidades de Aplicação*, 2ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 95

³⁴ *Ibidem*, p. 95.

turno visa a viabilizar a autodeterminação pessoal e o tratamento isonômico. Nessa perspectiva, os arts. 926 e 927, CPC, apenas tornam mais visível a adoção da regra do *stare decisis* entre nós (...)

Tendo em vista tais considerações - especialmente a ideia de que a vinculação a precedentes judiciais densifica a segurança jurídica - pode-se dizer que a importação de institutos próprios do *stare decisis* pelo ordenamento jurídico pátrio se deu, sobretudo, como uma resposta à necessidade de racionalização da prestação jurisdicional, eis que a aplicação das mesmas soluções a casos idênticos reduz a produção de decisões conflitantes pelo Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni³⁵ compartilha esse entendimento. Para este autor, a adoção de um sistema de precedentes vinculantes efetiva o princípio da segurança jurídica e da confiança legítima uma vez que proporcionam maior previsibilidade, uniformidade, estabilidade e coerência às decisões judiciais. Ademais, sustenta que precedentes judiciais vinculantes também se coadunam com o princípio da isonomia, por garantirem igualdade na interpretação e na aplicação do direito, em casos semelhantes, pelos diversos órgãos do Poder Judiciário³⁶.

Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Campos Mello³⁷ destacam, ainda, a contribuição dos precedentes vinculantes ao princípio da eficiência. Segundo os referidos autores, a formalização dos precedentes vinculantes no nosso ordenamento reduz o tempo de duração dos processos, desestimula demandas aventureiras e reduz a litigiosidade. Também possuem o potencial de minimizar a sobrecarga experimentada pelas cortes e de aumentar a credibilidade e legitimidade do Judiciário, as quais muitas vezes são comprometidas pela demora na entrega da prestação jurisdicional e pela chamada jurisprudência lotérica³⁸.

Em que pese todas essas razões que justificam a criação de um sistema de precedentes judiciais vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e que mostram o seu alinhamento aos preceitos constitucionais (segurança jurídica, isonomia e eficiência), muitas são as críticas da doutrina sobre esse sistema instaurado pelo CPC/2015, sobretudo devido as suas peculiaridades em relação ao sistema de precedentes dos países do *common law*,

Justamente em razão dessas peculiaridades, é preciso mencionar que a doutrina não é uníssona sobre a afirmação de que o CPC/2015 incorporou ao direito brasileiro um sistema de *stare decisis*. Para parte dela, os pronunciamentos judiciais ali elencados sequer seriam

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, cit., p. 120 – 139.

³⁶ *Ibidem*. p. 140 -162.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Revista da AGU, v.15, n.3, 2016, p.18.

³⁸ CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 786, abr. 2001, p. 108- 128.

precedentes vinculantes de fato, muito embora tenda a concordar com a necessidade urgente de racionalização da prestação jurisdicional no Brasil.

Nesse sentido é o posicionamento de Ada Pellegrine Grinover³⁹. Para a referida autora, somente a súmula vinculante (art. 927, II, CPC/2015) constituiria precedente vinculante propriamente dito, tendo em vista sua consolidação ao longo do tempo pela jurisprudência dominante.

Registre-se que na tradição do *common law*, a caracterização de uma decisão judicial como precedente vinculante cabe aos próprios tribunais a partir da tradição. Não há lei impondo a obrigatoriedade dos precedentes. Em outros termos, a decisão judicial não nasce como precedente vinculante, mas é assim qualificada a partir da interpretação reiterada levada a efeito em casos futuros.

Na teoria brasileira, os precedentes vinculantes compreendem decisões judiciais que já nascem com a pretensão de serem de observância obrigatória para casos futuros. Vale dizer: ao decidir, o tribunal já sabe de antemão que a decisão proferida será dotada de caráter vinculante.

Dessa forma, para citada jurista, todos os outros incisos do art. 927 do CPC/2015, seriam tão somente julgados a que a lei processual atribui eficácia vinculante. Nas suas palavras⁴⁰: “anda mal a doutrina que fala em precedente vinculante instituído pelo CPC, pois na verdade se trata de julgados vinculantes” e “isso demonstra a fragilidade do sistema instituído pelo Código, pois não é qualquer julgado (ainda não consolidado em precedente) que poderia ou deveria ter eficácia vinculante”.

De maneira mais radical se posiciona Lenio Streck⁴¹. Para este autor, o CPC/2015 não disciplina precedentes em nenhum dos seus incisos. A nova lei processual traz tão somente um sistema de teses, enunciados ou pronunciamentos gerais e abstratos que são criados já visando uma aplicação posterior, não sendo possível referir-se a ele como sistema de precedentes vinculantes. Nas suas palavras:

Precedente legítimo, em uma *verdadeira* “cultura de precedentes”, não nasce; torna-se. Precedente não tem certidão de nascimento. No *common law* o tribunal não termina o julgamento e diz: agora vamos fixar a tese. *Um precedente legítimo é reconhecido como vinculante a partir da atividade decisória subsequente que*

³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrine. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 140.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 140.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes? Uma proposta aos ministros Schiatti, Mussi e Sebastião*. 2019, p. 02. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schiatti-mussi-sebastiao>>. Acesso em 05 jan. 2020

relaciona um caso a outro. Alguém dirá: mas isso é no *common law*. Aqui é o Brasil. Respondo: Concordo. Mas então temos que discutir melhor a própria palavra. Porque aqui se quer abrigar sem perder a origem. E isso dá um ornitorrinco jurídico. Uma coisa que quer ser, mas não é. (grifos no original)

Acrescenta esse autor⁴² que além de não serem precedentes por já nascerem pretensamente para ser aplicados em uma situação futura, não se pode dar eficácia formalmente vinculante aos provimentos do art. 927 do CPC. Isso porque o *caput* do referido dispositivo dispõe que juízes e tribunais “observarão”, sem falar em qualquer momento em vinculação.

Alexandre Freitas Câmara⁴³ também sustenta a impossibilidade de se atribuir caráter vinculante a todos os pronunciamentos listados no art. 927 do CPC/2015. Este autor compartilha o mesmo entendimento de Lenio Streck de que expressão “juízes e os tribunais *observarão*” indicaria, tão somente, um dever jurídico aos órgãos judiciários de levar em consideração, em suas decisões, os pronunciamentos ou enunciados sumulares ali indicados.

Ademais, conferindo-se eficácia formalmente vinculante a precedentes judiciais haveria para Streck⁴⁴ violação ao princípio da separação de poderes, já que ao Judiciário seria atribuído um papel de criar normas gerais com aptidão para conformar situações futuras, como se lei fosse. Vale dizer: isso é equiparar a atividade jurisdicional à atividade legislativa, criando um “juiz – legislador”.

A crítica desse autor é principalmente no sentido de que a jurisprudência não pode ser alçada à condição de fonte primária do direito junto à legislação. Nas suas palavras⁴⁵: “juiz não constrói leis. Não produz direito. Nem o STF ou o STJ produzem direito. Mas isso não significa que o juiz ou tribunal não realizem ato de interpretação na aplicação do direito”.

Streck⁴⁶ cita outra incompatibilidade do suposto sistema de precedentes vinculantes trazidos pelo CPC/2015 com a CRFB: a ampliação do papel dos tribunais superiores. Estes se transformariam em “Cortes de Precedentes” ou “Cortes de Vértice”, sendo que somente a própria constituição pode estabelecer competências para o Poder Judiciário e, por conseguinte, o modo de funcionamento desses tribunais.

Além das incompatibilidades com a CRFB, o autor⁴⁷ sustenta, ainda, que o “precedentalismo” brasileiro vai de encontro a própria teoria do direito, pois estaria mais

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica. O sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.24.

⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. Atlas, 2018, p. 282.

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica. O sentido da vinculação no CPC/2015*, cit, p. 18.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 26.

próximo de uma teoria política ao valorizar “quem vai decidir” em prejuízo do “como se deve decidir”. Explica que nos países da *common law* a força dos precedentes reside nos argumentos de princípio que o sustentaram. No sistema brasileiro, a força dos precedentes está associada a autoridade da corte da qual foram emanados. Com isso, corre-se o risco de trocar a coerência e integridade do direito, valores que legitimamente justificariam a adoção do sistema de precedentes, por eficiência e utilidade.

3. Os precedentes judiciais vinculantes do art. 927 do CPC/2015 como novo paradigma de normatividade para o administrador público.

Não obstante as peculiaridades mencionadas em relação ao sistema de precedentes dos países do *common law* e o debate da doutrina acerca da natureza e da eficácias vinculante dos pronunciamentos judiciais elencados no art. 927 do CPC/2015, fato é que essa lei processual está em pleno vigor e que os precedentes judiciais ali elencados - ou qualquer que seja a denominação que a doutrina a eles queira dar (julgados, teses, enunciados, pronunciamentos) - revestem-se sim, ainda que em menor ou maior grau, de efeitos vinculantes.

Até porque a interpretação do referido dispositivo legal deve ser feita de modo sistemático com a CRFB e com outros artigos do CPC/2015, os quais preveem mecanismos voltados a assegurar a obrigatória observância daqueles tipos de decisão por parte dos juízes e tribunais em geral.

Entre tais dispositivos legais, destaca-se o art. 988 do CPC/2015⁴⁸, que disciplina o cabimento de reclamação, por exemplo, para garantir a observância de precedente formado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou em incidente de assunção de competência, bem como para assegurar, desde que esgotadas as instâncias ordinárias, a autoridade de acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em recursos extraordinário ou especial repetitivos.

⁴⁸ CPC/2015: “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal; II - garantir a autoridade das decisões do tribunal; III - garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência); IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência. IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (...)”.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já manifestou o entendimento de que todos os dispositivos lançados em sede do art. 927 do CPC/2015 apresentam inegável caráter vinculante, conforme se observa no Informativo STJ nº 600⁴⁹.

Nesse sentido, registre-se que o relativo deslocamento do centro de gravidade das leis para as decisões judiciais pelo CPC/2015 foi paradigmático, mas não no sentido de haver a transmutação da tradição *civil law* para a *common law*, nem para haver uma “commonlização” do direito brasileiro. Afinal, o precedente vinculante no Brasil decorre de norma positivada, reforçando que aqui predomina o direito legislado.

Na verdade, o aumento da eficácia vinculante das decisões judiciais, foi algo buscado no bojo do neocosntitucionalismo e do pós-positivismo e se configurou como um fenômeno nos países do *civil law*, conforme demonstrado no tópico 1 deste trabalho. A importação de institutos próprios da tradição do *common law* caracteriza, portanto, uma remodelagem do funcionamento da prática jurídica nacional.

Dessa maneira, verifica-se que a institucionalização de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil emergiu em razão de um contexto histórico e por motivos diversos. Dentre eles, a necessidade de se conferir segurança jurídica, isonomia e eficiência à sociedade, bem como racionalizar a prestação jurisdicional diante, especialmente, do fenômeno da jurisprudência “lotérica”.

Considerando que temos agora um rol de precedentes judiciais cuja eficácia é reconhecida como vinculante e um contexto de constitucionalização do direito, em que todo o sistema deve ser lido a luz das regras e princípios constitucionais, ou qual acabou por transformar a vinculação à legalidade estrita em vinculação à juridicidade, pode-se dizer que os precedentes judiciais vinculantes trazidos pelo CPC/2015 se tornaram um novo paradigma de normatividade para o administrador público.

Sendo assim, apesar da existência de opiniões doutrinárias divergentes⁵⁰, entende-se neste trabalho que a atuação da Administração Pública deve vincular-se a todos os precedentes judiciais contidos no artigo 927 do CPC/2015, e não somente àqueles citados no texto constitucional, ainda que não haja qualquer menção expressa na lei processual.

Em outras palavras, deve a Administração Pública estar vinculada não somente aos

⁴⁹ STJ. Resp. 1.655.722-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 14/3/2017, DJe 22/3/2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0600.pdf . Acesso em 01 fev. 2020

⁵⁰ Nesse sentido cite-se BARRETO JUNIOR, Edvaldo Costa. *Precedentes judiciais e seus reflexos na administração pública brasileira: vinculação ou persuasão?* Brasília: IDP/EDB, 2017. 199 f. - Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Para este autor, é imprescindível a existência de ato normativo formal que preveja a observância obrigatória dos precedentes na seara administrativa.

precedentes citados expressamente no texto constitucional - a saber, decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade e enunciados de súmulas vinculantes - os quais são oriundos da jurisdição constitucional por excelência, mas a todos os precedentes judiciais para os quais a lei processual atribuiu eficácia vinculante, quais sejam, acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e orientações do plenário ou do órgão especial dos Tribunais de Justiça de suas respectivas jurisdições – já que todos esses pronunciamentos judiciais visam concretizar regras e princípios constitucionais, ou seja, também são fruto do exercício da jurisdição constitucional.

Ora, seria teoricamente inconsistente pensar que o administrador público está vinculado a uma única decisão em ADI por determinação do texto constitucional, mas pode ignorar decisão proferida em julgamento de recurso especial repetitivo apenas porque a legislação assim não prevê expressamente. Frise-se, a Administração Pública vincula-se hoje a juridicidade e não mais a legalidade estrita.

Tal atitude consistiria em ofensa a princípios constitucionais como impessoalidade, eficiência, segurança jurídica e razoável duração do processo. Isso porque devido ao processo de filtragem constitucional sofrida por toda ordem jurídica nacional, hoje a jurisdição simples confunde-se com a jurisdição constitucional na medida que também concretiza regras e princípios constitucionais, razão pela qual suas decisões também devem compor o bloco de legalidade que orienta a Administração Pública.

Nesse sentido, é o entendimento de Luís Roberto Barroso⁵¹. Para este autor, “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição”. E esse entendimento é também compartilhado por Teori Albino Zavascki⁵²:

A atuação desse poder de Estado (Poder Judiciário) na interpretação e aplicação da Constituição constitui o que se denomina jurisdição constitucional. É atividade que não se restringe, portanto, ao controle de constitucionalidade das leis e nem é exercida apenas pelo STF. Ela congrega todos os órgãos do Poder Judiciário e compreende o conjunto das atribuições jurisdicionais que digam respeito à salvaguarda e à efetividade das normas constitucionais. [...] A possibilidade de acesso ao Judiciário para obtenção de tutela em face de “lesão ou ameaça a direito, notadamente de direito de natureza constitucional, está inscrita no rol das garantias fundamentais (art. 5,

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 22.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 14.

XXXV da CF/1988). Observadas as normas de distribuição das competências, todos os juízes estão habilitados a apreciar alegações dessa natureza [...]

Ademais, cumpre notar que o direito produzido pelo Poder Judiciário é tão direito quanto aquele produzido pelo Legislativo, já que, conforme ensina Hans Kelsen⁵³, toda atividade de aplicação do direito é também uma atividade de criação dele. Nas suas palavras:

A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito [...] todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por essa norma, de uma norma inferior. (...) Por aplicação da Constituição, opera-se a criação de normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através de decisões judiciais [...].

Desde o advento do estado absolutista e até os dias de hoje, o direito é tradicionalmente concebido como aquilo que é produzido por autoridade pública investida dentro de critérios pré-estabelecidos. O Judiciário, como braço do Estado, é autoridade pública e tem suas decisões legitimadas pelo método de investidura prévia. Logo, pronunciamentos judiciais se tratam de Direito produzido dentro da concepção estatal.

Mais uma vez seria incoerente achar que o administrador está vinculado ao direito produzido pelo legislador, mas não ao direito oriundo da interpretação do Poder Judiciário, já que ambos os casos cuidam de normas produzidas pelo Estado, especialmente nos casos em que o julgado tem contribuições populares como, por exemplo, participação de *amicus curiae* e realização de audiência pública, as quais conferem maior legitimidade às decisões judiciais.

Além disso, é preciso lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema de jurisdição una, por meio do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário (art. 5.º, XXXV, da CRFB⁵⁴). Esse sistema confere ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir de maneira definitiva sobre a juridicidade de todos os atos praticados por particulares e pela Administração Pública.

Conforme será mais bem exposto no tópico a seguir, é contraproducente um comportamento do gestor público em desarmonia com a interpretação equacionada pelos tribunais, pois isso estimula a judicialização das questões decididas no âmbito administrativo,

⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 261.

⁵⁴ CRFB: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (...).”

indo de encontro ao princípio da eficiência e ensejando tratamento diferenciado entre os administrados.

Aliás, no contexto em que nos encontramos, conforme aponta Gustavo Binenbojm⁵⁵ o administrador público já não se submete unicamente ao direito produzido pelo Poder Legislativo, tendo em vista os atos normativos produzidos pelo próprio Executivo, como os Regulamentos (presidenciais, setoriais, ministeriais e de outros órgãos da Administração direta e indireta, veiculados por decretos, resoluções, portarias ou circulares) serem considerados fontes formais do Direito Administrativo.

Ademais, é preciso ressaltar que os precedentes judiciais vinculantes densificam o conteúdo das normas constitucionais, o que é absolutamente necessário para se viabilizar a vinculação direta do administrador público à CRFB, já que muitas dessas normas são principiológicas e, portanto, de conteúdo aberto.

Por tudo isso, torna-se necessário redefinir juridicidade administrativa. Trata-se de complementar o rol de fontes do Direito Administrativo proposto por Binenbojm⁵⁶, de forma que este passe a abarcar como elementos integrantes do “bloco de legalidade” que deve orientar a atuação da Administração Pública:

As normas constitucionais (devendo também serem consideradas as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas Municipais);
A legislação infraconstitucional (espécies normativas previstas nos incisos II a V do art. 59 da CRFB);
Os Regulamentos (presidenciais, setoriais, ministeriais e de outros órgãos da Administração direta e indireta, veiculados por decretos, resoluções, portarias ou circulares); e
Os precedentes judiciais contidos no art. 927 do CPC/2015.

Por fim, sobre essa nova proposta de definição de juridicidade administrativa, é importante fazer algumas ressalvas. Como a tradição da *civil law* é ainda a que prepondera no ordenamento jurídico brasileiro, a proposta de nova definição de juridicidade administrativa contempla apenas os precedentes judiciais contidos no art. 927 do CPC/2015, ou seja, somente aqueles formalizados pela lei como vinculantes e não todo e qualquer precedente judicial.

Além disso, o fato de se defender que a juridicidade deve alcançar certas decisões do proferidas pelo judiciário, notadamente as mencionadas no art. 927 do CPC/2015, não implica dizer que na hipótese de sua não observância pela Administração Pública caberá reclamação aos Tribunais.

⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, cit., p. 138-139.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 149.

Isso porque o mecanismo de atuação da jurisdição está adstrito aos ritos da legislação processual. Até o presente momento, as hipóteses de cabimento de reclamação estão restritas àquelas previstas no art. 988 do CPC/2015 e nesse rol não há previsão para o caso de descumprimento de precedente judicial pela Administração Pública.

Contudo, tal observação não refuta, nem muito menos esvazia a ideia de que a juridicidade administrativa deve absorver todos os precedentes judiciais do art. 927 do CPC/2015. Nesse caso, sugere-se que o descumprimento seja analisado sob a ótica da Lei de Improbidade Administrativa.

4. A nova juridicidade administrativa e seus impactos sobre a atuação da advocacia pública

Como advocacia de estado e não de governo, a advocacia pública possui o dever institucional de garantir, de forma preventiva e /ou repressiva a juridicidade dos atos estatais, sendo peça chave na preservação da estabilidade, da integridade e da coerência do sistema jurídico.

No seu múnus de prestar as atividades de consultoria e assessoramento do poder executivo, devem os advogados públicos orientar os gestores com a apresentação de pareceres contendo a interpretação jurídica adequada sobre os atos estatais.

Ocorre que para uma interpretação jurídica adequada, a partir da nova definição de juridicidade administrativa apresentada neste trabalho, não pode o advogado público restringir-se às interpretações formalistas, com fundamento único na legalidade administrativa.

É imprescindível, portanto, que este leve em consideração não só a legislação infraconstitucional, mas também as normas constitucionais, os regulamentos e, agora, os precedentes judiciais contidos no art. 927 do CPC/2015 ao responder qualquer consulta administrativa.

Até porque não mais se cogita falar em princípio da legalidade quando a interpretação do parecerista se encontra em desarmonia com a interpretação equacionada pelos tribunais. A decisão administrativa sugerida nesse caso pode até ser formalmente legal, mas não será eficiente nem atenderá as exigências de razoável duração do processo, pois servirá de estímulo à judicialização sem fim da questão. Ademais, ensejará um tratamento diferenciado

entre os administrados. Nesse sentido, adverte Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵⁷:

[...] ainda que a Administração Pública decida seus processos administrativos de forma diversa da orientação firmada em precedente judicial vinculante, a eventual judicialização da questão levaria, necessariamente, à reforma da decisão administrativa, com a sua adequação aos termos do precedente judicial.

Dessa forma, é indispensável a observância dos precedentes judiciais vinculantes do artigo 927 do CPC/2015 pelos advogados públicos pareceristas, a fim de que estes possam assessorar adequadamente os gestores públicos em sua tomada de decisões.

Com isso, espera-se evitar a propositura de demandas judiciais desnecessárias no futuro, as quais prejudicam não só a função jurisdicional, na medida em que assoberbam o Poder Judiciário, como também prejudicam o próprio cidadão que precisará investir tempo e recursos para ver o seu direito efetivado.

Registre-se que, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁵⁸, tramitam na justiça brasileira a alarmante quantidade de mais de cem milhões de processos judiciais e, nesse cenário, o setor público em suas três esferas é apontado como um dos maiores litigantes.

A nova juridicidade administrativa serviria, então, como importante instrumento de diminuição da litigiosidade e, por conseguinte, de redução de processos judiciais contra a Fazenda Pública.

Consoante Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁵⁹ mesmo antes do CPC/2015, a advocacia pública já demonstrava preocupação com a aplicação coerente da jurisprudência pátria no exercício de suas atividades. Exemplo disso são as súmulas administrativas da AGU, editadas com base na jurisprudência firmada por Tribunais Superiores, de observância obrigatória para seus respectivos órgãos jurídicos.

No entanto, esse compromisso com a coerência do ordenamento jurídico foi reforçado com o advento do CPC/2015, eis que, conforme defendido neste trabalho, os pronunciamentos judiciais previstos no seu artigo 927 passam a ser de observância obrigatória para as autoridades administrativas, independentemente da existência de orientação da procuradoria responsável pela consultoria jurídica do respectivo ente federado.

⁵⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*, cit., p. 149.

⁵⁸ Disponível

<https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf

Acesso em 05 nov. 2019.

⁵⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*, cit., p. 163.

em:
>

José Vicente Santos de Mendonça reforça esse pensamento em artigo sobre a responsabilidade do parecerista no exercício da atividade consultiva do Poder Público⁶⁰. Sustenta o autor que, de fato, a diversidade de ideias corresponde ao modo pelo qual o direito cresce e se desenvolve. Contudo, o imperativo de moralidade impede que o parecerista, a pretexto de emitir opinião pessoal, ignore solenemente a jurisprudência atualizada sobre o tema submetido ao seu escrutínio.

O citado professor adverte que o exercício profissional do advogado de Estado deve sempre se orientar por perspectivas pragmáticas. Tudo aquilo que destoa em demasia do padrão médio de expectativas, práticas e percepções dos operadores institucionais do direito torna-se inoportuno. A advocacia pública não seria, portanto, *locus* apropriado para particularismos opinativos nem heterodoxias.

Se a juridicidade administrativa é impensável sem o produto da atividade jurisdicional do Estado, ela é igualmente impensável sem uma advocacia pública conectada com essa formação de precedentes. Da mesma forma que o juiz é inevitável para uma juridicidade realista, o advogado público é indispensável para o gestor público levar a efeito o novo contexto inaugurado pelo CPC/2015.

Por essas razões, é impossível referir-se a precedentes judiciais, à juridicidade administrativa e à integridade da ordem jurídica sem concatenar esses elementos com a atividade consultiva e até mesmo contenciosa do Estado. Orientar o gestor sobre a legalidade não é apenas descrever textos normativos selecionados por critério de hierarquia normativa. É também indicar os caminhos que a jurisdição já pacificou sobre os conflitos interpretativos dentro do direito.

O advogado público não é nem a boca da lei nem a caixa de ressonância do Poder Judiciário. A tese que ora se sustenta em nada apequena a função consultiva do Estado administrativo. O que é defendido é que a unidade do ordenamento jurídico depende de profissionais que saibam aonde ir e que construam soluções inovadoras onde ninguém ainda foi, economizando-se tempo quando o tema em discussão já encontrou o devido equacionamento jurisdicional.

Portanto, a emissão de parecer jurídico e os mecanismos processuais de controle dos precedentes são atividades essenciais, desempenhadas pela advocacia pública, com a

⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. <http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxv-congresso-nacional-de-procuradoresdeestado/direitoadministrativo/A%20RESPONSABILIDADE%20PESSOAL%20DO%20PARECE RISTA%20PUBLICO%20EM%20QUATRO%20STANDARDS.pdf>. Acesso em 02 fev. 2020

finalidade de efetivar o princípio da juridicidade administrativa em toda sua plenitude normativa.

5. Conclusão.

Não restam dúvidas que o ordenamento jurídico brasileiro vem sendo transformado ao longo dos últimos anos, seja pela emergência do neoconstitucionalismo, seja pela influência do sistema da *common law*. Hoje princípios e valores constitucionais se irradiaram por todo o ordenamento e a efetivação destes na vida em sociedade passou a integrar o próprio sentido de justiça no país.

Nesse cenário, o conteúdo produzido pela atividade jurisdicional vem ganhando relevância como fonte normativa, especialmente a partir do advento do CPC/2015. Em que pese as divergências doutrinárias acerca da instauração ou não de um verdadeiro sistema de precedentes pelo CPC/2015, fato é que os pronunciamentos judiciais elencados no artigo 927 da nova lei processual - ou qualquer que seja a denominação que a doutrina a eles queira dar - revestem-se sim, ainda que em menor ou maior grau, de efeitos vinculantes. E a Administração Pública não pode ficar alheia a isso.

Este trabalho buscou demonstrar que, a partir do reconhecimento formal da força vinculante de certas decisões judiciais em nosso ordenamento jurídico pelo CPC/2015 e da substituição da legalidade estrita pelo princípio da juridicidade, deve o administrador público vincular-se aos precedentes judiciais listados no artigo 927 do CPC/2015, mesmo sem haver previsão na lei processual nesse sentido.

Seria incoerente se certas decisões judiciais fossem de observância obrigatória para juízes e tribunais, mas facultativas para o administrador público., tendo em vista a adoção do sistema da jurisdição uma pelo nosso ordenamento. Aliás, nem é recomendável que o advogado público, na função de parecerista, ignore as decisões fortes do Poder Judiciário. Frise-se, o Direito é uno, não há um direito para a Administração Pública e outro para o Poder Judiciário.

Nessas circunstâncias, veja-se que se o administrador público negligencia o conteúdo normativo produzido pelo Poder Judiciário quando este aplica o direito, conforme analisado neste estudo, haverá estímulo à litigiosidade e à litigância com prazo acima do razoável, o que vai de encontro a valores e princípios constitucionais.

Dessa forma, necessário se faz redefinir juridicidade administrativa. Se a

Administração Pública está vinculada diretamente não apenas à lei formal, mas ao complexo sistema de valores e princípios constitucionais, deve o administrador público também ser sensível às produções normativas do Poder Judiciário, uma vez que as decisões judiciais dão densidade às normas constitucionais de conteúdo aberto.

Nesse sentido, a partir da criação de um sistema de precedentes judiciais vinculantes pelo CPC/2015 e da consequente redefinição de juridicidade administrativa, as Administrações Públicas federal, estadual, distrital e municipal, por meio de suas procuradorias e seus órgãos internos de controle, deverão adotar as medidas necessárias para adequação das respectivas atividades administrativas a esses padrões decisórios.

A previsibilidade, estabilidade e coerência na atuação estatal, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa, a partir de uma análise econômica do direito, é medida que se impõe para o desenvolvimento econômico nacional e para a efetivação de princípios constitucionais, notadamente a isonomia, a segurança jurídica, a razoável duração do processo e a eficiência administrativa.

Referências.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. Revista da AGU, v.15, n.3, 2016.

BARRETO JUNIOR, Edvaldo Costa. *Precedentes judiciais e seus reflexos na administração pública brasileira: vinculação ou persuasão?* Brasília: IDP/EDB, 2017. 199 f. -Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 4ª ed. Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 786, abr. 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia*. Roma-Bari, 2007 apud TARUFFO, Michele. *Processo Civil comparado*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

FINE, Toni. *O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte americano*. In: Revista dos Tribunais, vol. 782, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrine. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards*. Disponível: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/centro-de-estudos/teses/xxxvcongressonacionaldeprocuradoresdeestado/direitoadministrativo/A%20RESPONSABILIDADE%20PESSOAL%20DO%20PARECERISTA%20PUBLICO%20EM%20QUATRO%20STANDARDS.pdf>>. Acesso em 02 fev. 2020.

MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

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

OLIVEIRA, Weber Luiz de. *Precedentes Judiciais na Administração Pública: Limites e Possibilidades de Aplicação*, 2ª Ed., Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes judiciais e hermenêutica. O sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: JusPodivm, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes? Uma proposta aos ministros Schiatti, Mussi e Sebastião*. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/senso-incomum-precedentes-proposta-aos-ministros-schiatti-mussi-sebastiao>>. Acesso em 05 jan. 2020

TARUFFO, Michele. *Processo Civil comparado*. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZANDER, Michael. *The law-making process*. 7 ed. Oxford: Hart Publishing, 2015 *apud* OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *Precedentes no Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.